chtswissenschaft.
4034
3 1761 08306673 8

Presented to the
LIBRARY *of the*
UNIVERSITY OF TORONTO
by
Rutherford Library,
University of Alberta

J435

Erläuterung

des allgemeinen

bürgerlichen Gesetzbuches

für die

gesammten deutschen Länder

der

österreichischen Monarchie,

mit besonderer Berücksichtigung des practischen Bedürfnisses

von

Franz Xaver J. F. Nippel.

k. k. Landrathe, Ehrenbürger der k. k. Prov. Hauptstadt Grätz.

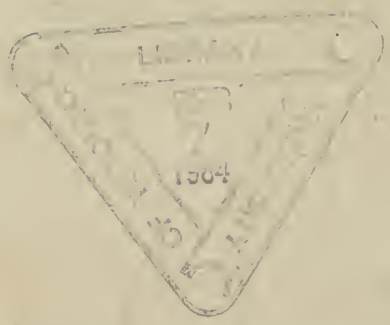
Fünfter Band,

enthaltend die §§. 727 bis einschließig 858.

Grätz, 1832.

Im Verlage bey Damian und Sorge.

N7196
E7
1830
Bd.5



Papier und Druck von den Gebrüdern
Georg und Carl Tanzer.

Dreyzehntes Hauptstück.

Von der gesetzlichen Erbfolge.

§. 727.

Fälle der gesetzlichen Erbfolge.

Wenn der Verstorbene keine gültige Erklärung des letzten Willens hinterlassen; wenn er in derselben nicht über sein ganzes Vermögen verfüget; wenn er die Personen, denen er kraft des Gesetzes einen Erbtheil zu hinterlassen schuldig war, nicht gehörig bedacht hat; oder, wenn die eingesetzten Erben die Erbschaft nicht annehmen können oder wollen; so findet die gesetzliche Erbfolge ganz oder zum Theile Statt.

§. 728.

In Ermangelung einer gültigen Erklärung des letzten Willens fällt die ganze Verlassenschaft des Verstorbenen den gesetzlichen Erben zu. Ist aber eine gültige Erklärung des letzten Willens vorhanden, so kommt ihnen derjenige Erbtheil zu, welcher in derselben Niemanden zugedacht ist.

§. 729.

Vorschrift für den Fall des verkürzten Pflichttheiles.

Ist eine Person, welcher der Erblasser kraft der Gesetze einen Erbtheil zu hinterlassen schuldig war, durch eine letzte Willens-Erklärung ver-

kürzt worden, so kann sie sich auf die Vorschrift des Gesetzes berufen, und den nach Maßgabe des folgenden Hauptstückes ihr gebührenden Erbtheil gerichtlich fordern.

1) Die gesetzliche Erbfolge nennen wir diejenige, deren Grund, wenigstens unmittelbarer Weise, nicht in dem Willen des Erblassers, sondern lediglich in dem Ausspruche des Gesetzes selbst beruht. — Für sie lassen sich zwar im natürlichen Privatrechte noch weniger Gründe anführen, als für die übrigen Arten des Erbrechtes, welche sich auf eine letzte Willens-Erklärung oder Vertrag gründen; allein die Gesetzgebungs-Politik fordert ihre Einführung in den Staatenverein gebietherisch, und es gibt gewiß keinen wohlorganisirten Staat, in welchem ein Erbfolge-Gesetz mangelte.

2) Für die gesetzlichen Erben streitet, wie von Zeiller bemerkt, die Vermuthung in so lange, bis ein Beweis vorliegt, daß der Erblasser eine Erbeseinsetzung zurückgelassen habe. — Es kann daher den vom Gesetze berufenen Erben um so weniger aufgebürdet werden, darzuthun, daß der Erblasser durch keine letzte Willens-Erklärung oder Erbvertrag über sein Vermögen verfügt habe. — Es wird auch von Seite des Gerichtes, wenn bey Vornahme der Sperre nichts bekannt wird, daß der Erblasser über seinen Nachlaß deponirt habe, Amtes wegen keine weitere Nachforschung gepflogen, oder der Gang der Verlaß-Abhandlung wegen der bloßen Möglichkeit, daß der Erblasser über sein Vermögen verfügt haben könnte, in seinem Fortschreiten nicht aufgehalten, sondern, wenn sich kein Testaments- oder Vertrags-Erbe meldet, die Erbschaft den sich erbserklärten, gesetzlichen Erben ohne weiters eingeantwortet.

3) Die gesetzliche Erbfolge ist theils eine reine, theils eine gemischte. — Sie ist eine reine, wenn bloß die gesetzlichen Erben, obgleich etwa mittelst eines Codicills mit Vermächtnissen beschwert (§. 553), zum Besitze der Erbschaft gelangen; sie ist gemischt, wenn nebst den gesetzlichen Erben auch Ein oder mehrere Testaments- oder Vertrags-Erben zum Besitze der Erbschaft kommen.

4) Die reine gesetzliche Erbfolge tritt ein: A) wenn kein Testament oder gültiger Erbvertrag (§. 1249) vorhanden ist. Daß der Verstorbene selbst ein Testament gemacht habe, ist zur Herbeyführung der gesetzlichen Erbfolge nicht immer genug, indem diejenigen, von denen das Vermögen des Erblassers herrühret, diesem die Verbindlichkeit auferlegt haben konnten, dieses Vermögen nach seinem Tode bestimmten Personen zu überlassen. B) Wenn zwar ein Testament oder Erbvertrag vorhanden ist, aber das eine oder der andere in Hinsicht der Erbes-Einsetzung aus Mangel der vorgeschriebenen inneren oder äußeren Form ungültig ist (§§. 564 — 601), und die Ungültigkeit auch von den Intestat-Erben gerügt wird (§. 601). C) Wenn das anfänglich gültig errichtete Testament oder der gültig eingegangene Erbvertrag nachher seine Gültigkeit wieder verloren hat, welches geschehen kann: a) wenn der Erbvertrag durch freye Einwilligung beyder Theile aufgehoben, oder nach Vorschrift der Gesetze entkräftet wird (§. 1254), und der Erblasser keine andere letztwillige Anordnung an dessen Stelle setzet. b) Wenn der Erblasser das Testament auf die gesetzliche Art widerrufet (§§. 713 — 723), ohne ein anderes zu errichten. c) Wenn der einzige Notherbe des Erblassers in dem Testamente mit Stillschweigen übergangen wurde, und aus den Umständen erwiesen werden kann, daß die Uebergehung nur daher rühre, weil dem Erblasser das Daseyn desselben unbekannt war. d) Wenn ein kinderloser Erblasser erst nach der Erklärung des letzten Willens einen Notherben erhält, für welchen keine Vorsorge getroffen ist (§. 778). Endlich e) wenn alle eingesetzten Erben (mit Einschluß der allenfalls vorhandenen Nacherben) die Erbschaft nicht annehmen können oder nicht annehmen wollen.

5) Die gemischte gesetzliche Erbfolge tritt ein, wenn nicht die ganze Verlassenschaft, sondern nur ein in Hinsicht auf das Ganze bestimmter Theil derselben den vom Gesetze berufenen, und der andere Theil den von dem Erblasser in einem Testamente oder Erbvertrage ernannten Erben zufällt. Fälle derselben sind: A) Wenn der Erblasser ein zwar gültiges Testament hinterläßt, aber in demselben nicht über sein ganzes Vermögen verfügt hat.

B) Wenn nur ein Erbvertrag vorhanden ist, weil in diesem Falle ein reiner Viertheil der Erbschaft den gesetzlichen Erben zufällt (§. 1253). C) Wenn der Erblasser außer dem obigen Falle (Nr. 4 C. c.) einen Notherben nicht gehörig bedacht, d. i. wenn er ihn in dem ihm gebührenden Pflichttheile verkürzt, oder ihm denselben gänzlich entzogen hat. D) Wenn unter mehreren bestimmt eingesetzten Erben, denen kein Zuwachsrecht gebühret (§. 562), einer oder einige Erben und Nacherben die Erbschaft nicht annehmen können oder nicht annehmen wollen [1]).

§. 730.

Gesetzliche Erben: I. Die Verwandten aus einer ehelichen Abstammung.

Gesetzliche Erben sind zuvörderst diejenigen, welche mit dem Erblasser vermittelst ehelicher Abstammung durch die nächste Linie verwandt sind. Die Verwandtschafts-Linien werden auf folgende Art bestimmt.

§. 731.

Erbfähige Linien derselben.

Zur ersten Linie gehören diejenigen, welche sich unter dem Erblasser, als ihrem Stamme, vereinigen, nähmlich: seine Kinder und ihre Nachkömmlinge.

Zur zweyten Linie gehören des Erblassers Vater und Mutter, sammt denjenigen, die sich mit ihm unter Vater und Mutter vereinigen, nähmlich: seine Geschwister und ihre Nachkömmlinge.

Zur dritten Linie gehören die Großältern sammt den Geschwistern der Aeltern und ihren Nachkömmlingen.

Zur vierten Linie gehören des Erblassers erste Urgroßältern sammt ihren Nachkömmlingen.

1) Siehe Joseph v. Hüttner ausführliche Entwickelung der Lehre von der gesetzlichen Erbfolge S. 97 — 99.

Zur fünften Linie gehören des Erblassers zweyte Urgroßältern sammt denjenigen, die von ihnen abstammen.

Zur sechsten Linie gehören des Erblassers dritte Urgroßältern sammt denjenigen, die von ihnen entsprossen sind.

1) Die erste Frage, welche sich bey der Lehre von der gesetzlichen Erbfolge aufwirft, ist ganz natürlich die, welche Personen überhaupt von dem Gesetze zur Erbschaft berufen sind? — Alle bekannten Erbfolgeordnungen kommen nun darin überein, daß sie die Verwandten aus der ehelichen Abstammung, die Familienglieder des Erblassers zur Erbschaft berufen. — Manche finden den Grund dieser Berufung in dem präsumtiven Willen des Erblassers, zufolge welchem anzunehmen ist, daß er vor Allem seine Angehörigen und jene Personen, welche mit ihm denselben Stammvater haben, bedenken werde, und daß ihm diese Personen unter übrigens gleichen Umständen die liebsten seyen. Ohne Zweifel war der Wille des Verstorbenen die Basis der römischen Legislation, welcher zufolge die Römer im Mangel eines Testaments den präsumtiven Willen aufsuchen mußten, wie sie bey Testamenten den erklärten Willen vor sich hatten. — Die österreichische Gesetzgebung hat zwar diesen präsumtiven Willen nicht ganz unberücksichtiget gelassen, und eben daher auch nebst den Verwandten solche Personen zur Erbschaft gerufen, welche aus keiner ehelichen Abstammung entspringen, aber mit dem Erblasser in einem Rechtsverhältnisse sich befinden, welches ursprünglich, wenigstens der Voraussetzung nach, auf Liebe gegründet ist. Allein diese vermuthete Zuneigung ist keineswegs die vorzüglichste Basis der gesetzlichen Erbfolge nach dem Geiste der österreichischen Gesetzgebung; ein viel vorzüglicheres Augenmerk hat dieselbe auf die Bildung des Familien-Verhältnisses genommen, auf diese sein System der Erbfolgeordnung gebauet, und mit einer Consequenz, die nichts zu wünschen übrig läßt, ganz nach dem Vorbilde des Patentes vom 11. May 1786 durchgeführt.

2) Man darf nähmlich, die aus ehelichen Verhältnissen zusammengesetzte Familie nicht, wie die Naturrechtslehrer wollen, bloß als eine Gesellschaft zur Erzeugung und Erziehung der Kinder betrachten, sondern muß sie als eine Gesellschaft zum Erwerbe, als dem Mittel, ohne welchem sie nicht bestehen, und ihren Zweck nicht erreichen kann, ansehen. Stirbt der Familien-Vater, so ist es eine naturgemäße Folge, daß sein Vermögen auf diejenigen übergehe, welche zu seiner Familie gehören, und in welchem sich gleichsam das Familien-Eigenthum neu consolidirt. — Allein der Begriff der Familie ist nicht bloß auf die häusliche Gesellschaft, nicht bloß auf Aeltern und Kinder beschränkt, sondern die Bande des Blutes reichen weiter, und deuten uns diejenigen an, welchen, wenn keine Glieder der engeren Familiengesellschaft vorhanden sind, auf die Successsion der nächste Anspruch zustehet; eine Andeutung von desto höherem Belange, als in Voraussetzung eines aus Vernunftprincipien hervorgehenden Erbrechtes man eines leitenden Prinzips auch für den eben nicht seltenen Fall bedarf, daß Jemand ohne Descendenten und Ascendenten oder Geschwister verstirbt, eines Princips, welches fern von allem Schwanken (wie jenes der Zuneigung) Festigkeit, und bey der Anwendung einen äußern allgemein anwendbaren, von allen Zufälligkeiten freyen, alle Fälle umfassenden Erkenntnißgrund gewährt, und daher bloß im Familienbande liegen kann [1]).

3) Ganz aus diesem Principe gehet die Feststellung der obenangeführten sechs erbfähigen Linien hervor. Unter Familie werden die Stammältern mit allen ihren Nachkommen verstanden (§. 40). Am engsten schlingt sich daher das Familienband um die Erzeuger und ihre Erzeugten; stirbt daher der Erzeuger, so sind alle diejenigen, die von ihm entweder mittelbar oder unmittelbar erzeugt wurden, die natürlichen Nachfolger seines Vermögens, und sie stehen daher auf der nächsten Linie, die zur Erbschaft berufen ist. Ist kein Erzeugter vorhanden, so steht in der Bildung des Familienbandes der Erzeuger, und in so fern dieser nicht mehr

1) Man sehe Archiv für die Gesetzgebung und Reforme des juristischen Studiums von Dr. Nikolaus Thaddäus Gönner 1. B., 1. H., S. 115 — 116.

vorhanden seyn sollte, die sich unter diesem gemeinschaftlichen Stammvater vereinigenden Familienglieder am nächsten, daher bilden auch diese die zweyte Linie, welche zur Erbschaft berufen ist. Ist von dieser Linie kein Glied mehr vorhanden, so steht nun in eben der Bildung des Familienbandes, der Erzeuger des unmittelbaren Erzeugers des Erblassers am nächsten, und in so fern dieser nicht mehr am Leben ist, seine Descendenten. Daher bilden diese die dritte Linie. — Auf dem gleichen Principe dieser Exposition des Familienbandes beruhen nun auch die übrigen drey Linien, welche von dem Gesetze noch zur Erbschaft berufen sind.

4) Man nennet die Erbfolge der aus der ehelichen Abstammung entspringenden Verwandten die ordentliche Erbfolge, und diejenige, welche sich nicht auf eheliche Erzeugung, sondern in besondern Verhältnissen gründet, wobey Liebe und Zuneigung die Entstehungsquellen sind, die außerordentliche. Von ihr wird in den §§. 752 — 759 gehandelt werden. — Wir gehen nun zur Erläuterung der einzelnen Linien über.

§. 732.

1. Linie: die Kinder.

Wenn der Erblasser eheliche Kinder des ersten Grades hat, so fällt ihnen die ganze Erbschaft zu; sie mögen männlichen oder weiblichen Geschlechtes, sie mögen bey Lebzeiten des Erblassers, oder nach seinem Tode geboren seyn. Mehrere Kinder theilen die Erbschaft nach ihrer Zahl in gleiche Theile. Enkel von noch lebenden Kindern, und Urenkel von noch lebenden Enkeln haben kein Recht zur Erbfolge.

1) Die der Natur gemäße Absicht der Ehegatten, welche eine Familie gründen, ist, wie von Zeiller bemerkt, daß diese sich vermehre, daß die neue Generation an die Stelle der vorigen trete, und den Besitz des von der letzteren hinterlassenen Vermögens übernehme. Diese Absicht wird durch das Gesetz in der ersten Linie der Erbfolgeordnung deutlich ausgesprochen.

2) Vor Allen kommen also die Kinder des Erblassers zur Erbfolge. Aus dem Schlußsatze des gegenwärtigen §. ist deutlich zu entnehmen, daß das Gesetz hier das Wort „Kinder" in der beschränkten Bedeutung nehme, und darunter bloß die nächsten Descendenten des Erblassers (Söhne und Töchter) verstehe. Das Gesetz macht hier in Ansehung des Geschlechtes keinen Unterschied; Söhne und Töchter werden bey der gesetzlichen Erbfolge ganz gleich behandelt.

3) Da nach der Vorschrift des §. 22 ungeborne Kinder von dem Zeitpuncte ihrer Empfängniß an, in so weit es um ihre, und nicht um die Rechte eines Dritten zu thun ist, als geborne angesehen werden, so erkennt auch hier das Gesetz keinen Unterschied, ob das Kind bey Absterben des Erblassers bereits geboren ist, oder erst nach seinem Tode geboren werde. Doch liegt es in der Natur der Sache, daß es bereits erzeugt seyn müsse, weil man sonst nicht sagen kann, daß es des Erblassers Kind sey. Es muß aber zugleich auch hier vorausgesetzt werden, daß es lebend zur Welt komme, weil ein todtgebornes Kind in Rücksicht auf die ihm für den Lebensfall vorbehaltenen Rechte so betrachtet wird, als ob es nie empfangen worden wäre (§. 22). Bey der Mutter wird dieser Fall selten eintreten; desto öfter aber kann er bey dem Vater zur Sprache kommen, daher sich dießfalls dasjenige vor Augen zu halten ist, was in dem dritten Hauptstücke von der Vermuthung der ehelichen Geburt gesagt worden ist.

4) Ist nur Ein Kind des Erblassers (mit Ausschluß entfernterer Descendenten) vorhanden, so erhält dasselbe die ganze Erbschaft (§. 532). Sind mehrere Kinder vorhanden, so theilen sie die Erbschaft nach ihrer Zahl in gleiche Theile. Ist zur Zeit des Todes ungewiß, ob nicht ungeborne Kinder vorhanden sind, oder zeigt sich gewiß, daß wenigstens Eines vorhanden ist, so muß mit der Theilung zugewartet werden, bis entweder entschieden ist, daß keines vorhanden sey, oder bis die Mutter entbunden worden ist; weil sich dann die Gewißheit ergibt, welcher Theil den lebenden Kindern zuzukommen hat. Die Entscheidung des ersteren Umstandes hängt von den Verhältnissen ab. Mit voller Beruhigung kann zur Vertheilung geschritten werden, wenn bereits zehn Monathe seit dem Tode des Erblassers verflossen sind, und die Gat-

tinn des Erblassers noch kein Kind zur Welt gebracht hat. War der Erblasser vor seinem Tode von seiner Gattinn einige Zeit entfernt, oder zur Zeugung unfähig, so läßt sich auch früher hierüber Gewißheit erlangen. Auch kann vor Ablauf der zehn Monathe das Gutachten der Sachverständigen eingehohlt werden.

5) Da unter Kindern nur jene Personen verstanden werden, welche von dem Erblasser wirklich abstammen, so liegt in der Natur der Sache, daß Kinder verschiedener Ehen nur ihren gemeinschaftlichen Vater, oder ihre gemeinschaftliche Mutter ohne Vorzug der zweyhändigen oder einhändigen beerben, und daß Stiefkinder auf die Erbschaft ihres Stiefvaters, oder ihrer Stiefmutter, da sie von ihnen nicht gezeugt worden sind, keinen Anspruch haben.

6) In wie fern das Erbrecht der ersten Linie durch das Erbrecht des Ehegatten des Erblassers eingeschränkt, oder der Erbtheil durch Anrechnung (Collation) vermindert werde, wird an dem gehörigen Orte vorkommen (§§. 757 u. 790 u. f. w.).

7) Da das Gesetz hier ausdrücklich und ausnahmslos anordnet, daß Enkel von noch lebenden Kindern, und Urenkel von noch lebenden Enkeln kein Recht zur Erbfolge haben, so folgt, daß, wenn das Kind oder der Enkel zwar lebt, aber zu erben unfähig ist, auch dessen Nachkommen auf das Erbrecht keinen Anspruch machen können.

§. 733.

Ist ein Kind des Erblassers vor ihm gestorben, und sind von demselben Ein oder mehrere Enkel vorhanden; so fällt der Antheil, welcher dem verstorbenen Kinde gebührt hätte, diesem nachgelassenen Enkel ganz, oder den mehreren Enkeln zu gleichen Theilen zu. Ist von diesen Enkeln ebenfalls Einer gestorben, und hat Urenkel nachgelassen; so wird auf die nähmliche Art der Antheil des verstorbenen Enkels unter die Urenkel gleich getheilt. — Sind von einem Erblasser

noch entferntere Nachkömmlinge vorhanden; so wird die Theilung verhältnißmäßig nach der oben gegebenen Vorschrift vorgenommen.

1) Ist ein Kind des Erblassers bereits vor ihm gestorben, und hat dasselbe ein eheliches Kind (sohin Enkel zu dem Erblasser) hinterlassen, so fällt der Antheil, welcher dem verstorbenen Kinde gebührt hätte, demselben ganz zu; sind aber mehrere Enkel desselben vorhanden, so fällt diesen zusammen der dem verstorbenen Kinde gebührende Antheil zu gleichen Theilen zu. Das Nähmliche ist der Fall, wenn mehrere Kinder des Erblassers oder selbst alle mit Hinterlassung von Enkeln (des Erblassers) verstorben wären; in jedem dieser Fälle erhalten die Enkel zusammen nur denjenigen Antheil, den das verstorbene Kind des Erblassers, von dem sie gezeugt sind, anzusprechen gehabt hätte, wenn es beym Leben gewesen wäre.

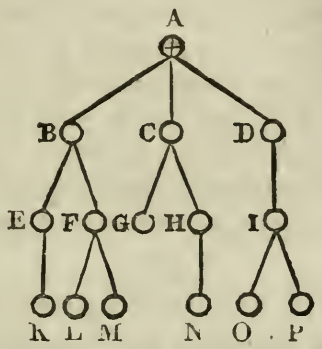
2) Ist von diesen Enkeln ebenfalls einer gestorben, so treten seine unmittelbaren Descendenten gerade in das nähmliche Verhältniß ein, in welchem ihr Erzeuger gestanden ist. Nach gleichen Grundsätzen gelangen auch die entfernteren Descendenten zur Erbschaft. — Immer erlangen diese entfernteren Descendenten jenen Antheil, welchen ihr unmittelbarer Ascendent erlangt haben würde, wenn er zur Zeit des Todfalls des Erblassers beym Leben gewesen wäre.

§. 734.

Auf diese Art wird eine Erbschaft nicht nur dann getheilet, wenn Enkel von verstorbenen Kindern mit noch lebenden Kindern, oder entferntere Nachkömmlinge mit näheren Nachkömmlingen des Erblassers zusammentreffen; sondern auch dann, wenn die Erbschaft bloß zwischen Enkeln von verschiedenen Kindern; oder zwischen Urenkeln von verschiedenen Enkeln zu theilen ist. Es können also die von jedem Kinde nachgelassenen Enkel, und die von jedem Enkel nachgelassenen Ur-

enkel, ihrer seyen viele oder wenige, nie mehr und nie weniger erhalten, als das verstorbene Kind, oder der verstorbene Enkel erhalten hätte, wenn sie am Leben geblieben wären.

Die Worte des Gesetzes sind klar, und es erübrigt hier nichts, als die von dem Gesetze in den §§. 732 — 734 aufgestellten Grundsätze zu versinnlichen. Zu diesem Zwecke soll nachstehendes Schema dienen:



A sey der Erblasser, welcher die drey Kinder B, C und D erzeugt hat. Sind nun diese bey seinem Absterben alle am Leben, so erben sie zu gleichen Theilen. Wäre aber eines aus denselben, z. B. der B bereits früher gestorben, so würden die zwey Kinder desselben E und F an dessen Stelle eintreten, und sohin die Erbschaft in drey gleiche Theile getheilet werden, und daher der E und F zusammen ein Drittheil, der C und D aber jeder für sich ein Drittheil erhalten. — Wären alle drey Kinder B, C und D bereits gestorben, so würden nun die Enkeln E, F, G, H und I als Erben eintreten, und zwar in der Art, daß E und F zusammen ein Drittheil, G und H zusammen ebenfalls ein Drittheil, der I aber allein das noch übrige Drittheil erlangen würde. — Wäre von diesen gleichfalls einer z. B. der F mit Tode abgegangen, so würde der E ein Sechstheil, der L und M zusammen gleichfalls ein Sechstheil, sohin jeder derselben ein Zwölftheil, der G und H ebenfalls jeder ein Sechstheil, der I aber ein Drittheil bekommen. Wären alle diese Enkeln gestorben, so würde die Erbschaft unter die Urenkel vertheilt, und so-

hin der K ein Sechstheil, der L ein Zwölftheil, der M gleichfalls ein Zwölftheil, der N ein Sechstheil, der O und P zusammen aber ein Drittheil, sohin jeder allein ein Sechstheil erhalten. Wäre z. B der D zu erben unfähig, so würden auch dessen Nachkommen I, O und P in keinem Verhältnisse einen Anspruch auf die Erbschaft haben, ohne Unterschied, ob der D bey dem Tode des A noch am Leben war oder nicht. War er nähmlich noch am Leben, so können die Nachkommen desselben keinen Erbtheil erhalten, weil hier der bey Erläuterung des §. 732 Nr. 7 berührte Fall eintritt, und war er bereits todt, so treten seine Descendenten in das nähmliche Verhältniß ein, in welchem er selbst gestanden ist (§. 733 Nr. 2), und können daher aus diesem Grunde zu keiner Erbschaft gelangen. Hieraus ist auch ersichtlich, daß die Descendenten immer jure repraesentationis ihrer unmittelbaren Aeltern zur Erbschaft gelangen.

§. 735.

2. Linie: Die Aeltern und ihre Nachkömmlinge.

Ist Niemand vorhanden, der von dem Erblasser selbst abstammt, so fällt die Erbschaft auf diejenigen, die mit ihm durch die zweyte Linie verwandt sind, nähmlich: auf seine Aeltern und ihre Nachkömmlinge. Leben noch beyde Aeltern, so gebührt ihnen die ganze Erbschaft zu gleichen Theilen. Ist Eines dieser Aeltern verstorben, so treten dessen nachgelassene Kinder oder Nachkömmlinge in sein Recht ein, und es wird die Hälfte, die dem Verstorbenen gebührt hätte, unter sie nach jenen Grundsätzen getheilt, welche in den §§. 732 — 734 wegen Theilung der Erbschaft zwischen Kindern und entfernteren Nachkömmlingen des Erblassers festgesetzt worden sind.

Ist nun Jemand ohne Hinterlassung von erbfähigen Descendenten verstorben, so kömmt die Erbfolge auf dessen Aeltern, im engeren Verstande dieses Wortes, nähmlich auf die unmittel-

baren Ascendenten des Erblassers, welche, wenn beyde sich noch am Leben befinden die Erbschaft dergestalt gleich unter sich theilen, daß eine Hälfte der Vater, die andere aber die Mutter bekömmt. Ist aber ein Theil bereits gestorben, so bekömmt die eine Hälfte der überlebende Theil, die andere Hälfte aber, die dem verstorbenen Theile gebührt hätte, kömmt auf dessen Descendenten. An welche Descendenten dieser Antheil gelanget, und wie die Theilung zu geschehen habe? — muß in jedem Falle nach den Grundsätzen entschieden werden, welche oben §§. 732 — 734 in Ansehung der Erbfolge der Descendenten festgestellt worden sind. Sind zwar beyde Aelterntheile am Leben, aber einer davon erbunfähig, so können auch dessen Abstämmlinge keine Erbschaft erhalten (§. 734), es ist daher dieser Fall demjenigen der Wirkung nach ganz gleich zu halten, wenn nur ein Aelterntheil am Leben ist, und der Verstorbene keine Nachkömmlinge hinterlassen hat.

§. 736.

Wenn beyde Aeltern des Erblassers verstorben sind, so wird jene Hälfte der Erbschaft, welche dem Vater zugefallen wäre, unter seine hinterlassenen Kinder und derselben Nachkömmlinge, die andere Hälfte aber, welche der Mutter gebührt hätte, unter ihre Kinder und derselben Nachkömmlinge nach den §§. 732 — 734 getheilt. Sind von diesen Aeltern keine andern als von ihnen gemeinschaftlich erzeugte Kinder, oder derselben Nachkömmlinge vorhanden, so theilen sie die beyden Hälften unter sich gleich. Sind aber außer diesen noch Kinder vorhanden, die von dem Vater oder von der Mutter, oder von einem und der anderen in einer anderen Ehe erzeugt worden sind, so erhalten die von dem Vater und der Mutter gemeinschaftlich erzeugten Kinder oder ihre Nachkömmlinge sowohl an der väterlichen, als an

der mütterlichen Hälfte ihren gebührenden, mit den einseitigen Geschwistern gleichen Antheil.

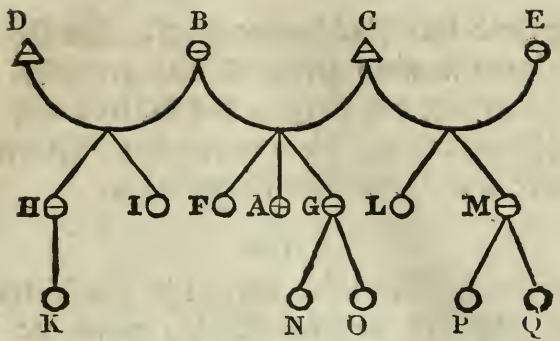
1) Wenn beyde Aeltern vor dem Erblasser mit Hinterlassung von Descendenten gestorben sind, so gilt die Hauptregel, daß jeder Aelterntheil von seinen Descendenten repräsentiret, und sein Antheil unter sie nach den bey der Erbfolge der Descendenten geltenden Regeln untergetheilet werde.

2) Indessen lassen sich hier drey Fälle denken, nähmlich:

A. Beyde Aeltern hinterlassen bloß gemeinschaftliche, eheliche Descendenten, oder, was dasselbe ist, den Erblasser überleben bloß zweybändige Geschwister oder Nachkömmlinge desselben. In diesem Falle erben die zweybändigen Geschwister den Nachlaß des Erblassers zu gleichen Theilen.

B. Jeder Aelterntheil hinterläßt bloß einseitige, ihm allein zugehörige Descendenten; hier wird die Verlassenschaft in zwey Theile nach den zwey Personen der Aeltern getheilt, und jeder Theil auf die angegebene Art unter die Descendenten desjenigen Aelterntheiles, welchem diese Erb-Portion zugekommen wäre, untergetheilet.

C. Wenn sowohl einseitige als auch gemeinschaftliche Descendenten der verstorbenen Aelterntheile vorhanden sind; so werden von der Verlassenschaft ebenfalls zwey Haupttheile nach den zwey Personen der Aeltern gemacht, und jeder Haupttheil unter die Descendenten desjenigen Aelterntheiles, welchem derselbe zugekommen wäre, nach den bereits entwickelten Grundsätzen untergetheilet; da aber die gemeinschaftlichen Descendenten von beyden Aeltern abstammen, so repräsentiren sie auch jeden Aelterntheil mit den anderen einseitigen Nachkömmlingen desselben, wodurch sie zu einer größern Erb-Portion gelangen. Da dieser letztere Fall etwas verwickelter ist, so will ich ihn hier durch ein Beyspiel versinnlichen.



Hier theilen F, G (und an dessen Stelle N und O) H (und an dessen Stelle K) und I die väterliche Hälfte, dann P, G, (und rücksichtlich N und O) L, dann M (und an dessen Stelle P und Q) die mütterliche, wobey P, N und O sowohl an der väterlichen, als an der mütterlichen Hälfte Theil nehmen [1]).

§. 737.

Wenn eines der verstorbenen Aeltern des Erblassers weder Kinder, noch Nachkömmlinge hinterlassen hat, so fällt die ganze Erbschaft dem andern noch lebenden Aelterntheile zu. Ist dieser Theil auch nicht mehr am Leben, so wird die ganze Erbschaft unter seinen Kindern und Nachkömmlingen nach den bereits angeführten Grundsätzen vertheilt.

Die Worte des Gesetzes sind klar, und bedürfen weder einer Erläuterung, noch einer Versinnlichung durch Beyspiele.

§. 738.

3. Linie: der Großältern und ihrer Nachkommenschaft.

Sind die Aeltern des Erblassers ohne Nachkömmlinge verstorben; so kommt die Erbschaft auf die dritte Linie, nähmlich auf des Erblassers Groß-

1) Man sehe Pr. v. Hüttner's ausführliche Entwickelung der Lehre von der gesetzlichen Erbfolge §. 73.

ältern und ihre Nachkommenschaft. Die Erbschaft wird dann in zwey gleiche Theile getheilet. Eine Hälfte gehört den Aeltern des Vaters und ihren Nachkömmlingen, die andere den Aeltern der Mutter und ihren Nachkömmlingen.

§. 739.

Jede dieser Hälften wird unter den Großältern der einen und der anderen Seite, wenn sie beyde noch leben, gleich getheilt. Ist Eines der Großältern, oder sind beyde von der einen oder anderen Seite gestorben; so wird die dieser Seite zugefallene Hälfte zwischen den Kindern und Nachkömmlingen dieser Großältern nach jenen Grundsätzen getheilt, nach welchen in der zweyten Linie die ganze Erbschaft zwischen den Kindern und Nachkömmlingen der Aeltern des Erblassers getheilt werden muß (§§. 735 — 737).

§. 740.

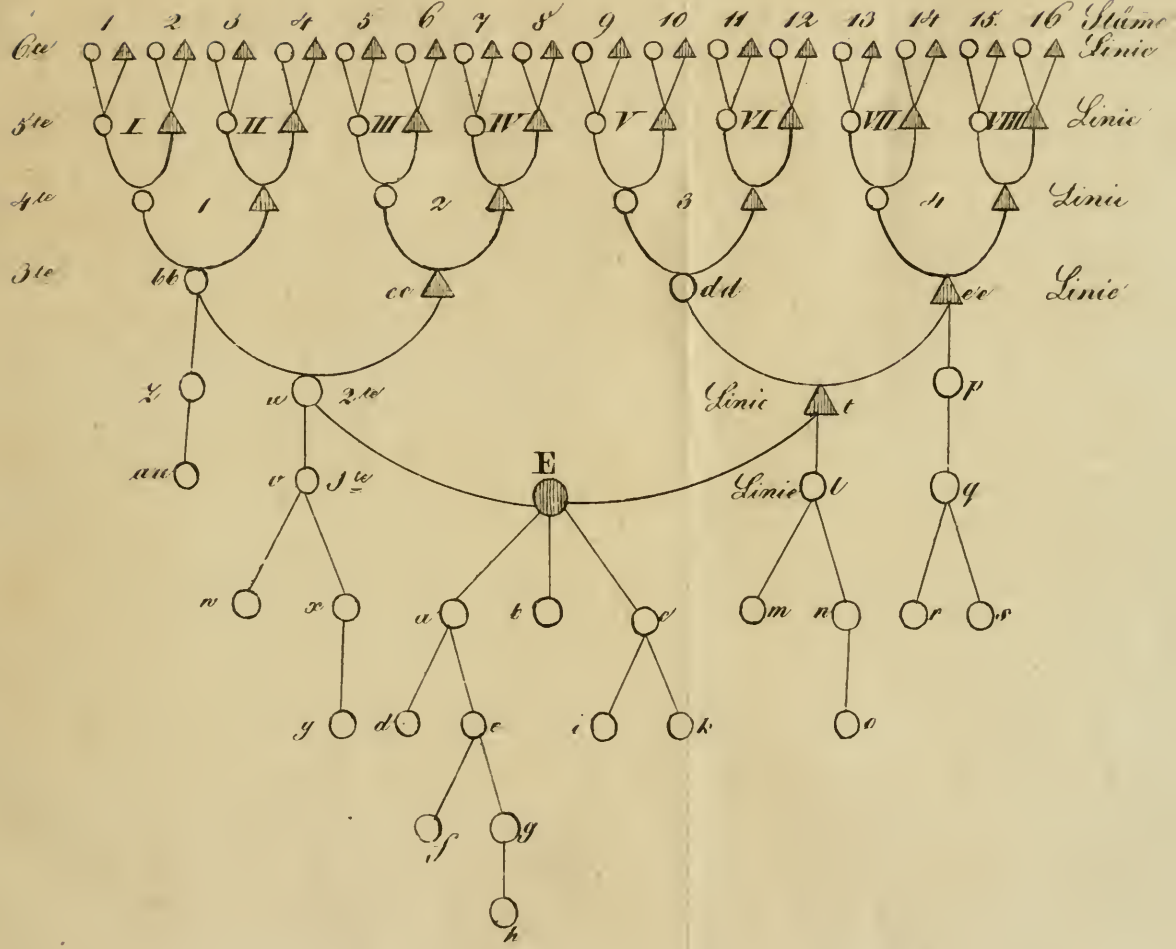
Sind von der väterlichen oder von der mütterlichen Seite beyde Großältern verstorben, und weder von dem Großvater noch von der Großmutter dieser Seite Nachkömmlinge vorhanden, dann fällt den von der andern Seite noch lebenden Großältern, oder nach derselben Tode, ihren hinterlassenen Kindern und Nachkömmlingen die ganze Erbschaft zu.

Durch diese §§. sind folgende Fälle entschieden: 1) Wenn alle Großältern des Erblassers leben, so theilen sie die Erbschaft unter sich in vier gleiche Theile.

2) Ist eines oder sind mehrere der Großältern vor dem Erbanfalle, jedoch mit Hinterlassung von Nachkömmlingen verstorben; so kommt den letzteren das Repräsentationsrecht zu Stat-

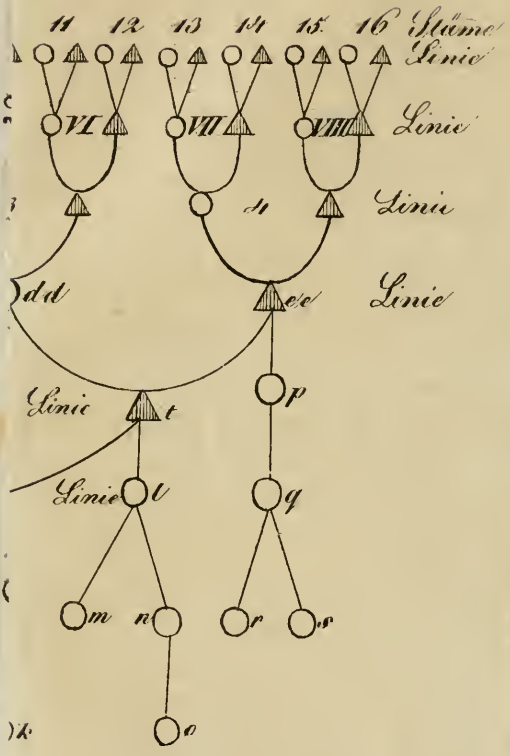
an § 740 · № 6.

Stamm-Tafel.



an § 740 · № 6.

C.



2) Ist eines oder sind mehrere der Großältern vor dem Erbanfalle, jedoch mit Hinterlassung von Nachkömmlingen verstorben; so kommt den letzteren das Repräsentationsrecht zu Stat=

ten. — Dasselbe geschieht auch dann, wenn zwar gar keine Großältern den Erbanfall erleben, aber von allen Großältern Nachkommen vorhanden sind.

3) Ist von einer Seite eines der Großältern ohne Descendenten vor dem Erblasser gestorben, so erhält dessen Antheil dasjenige der Großältern oder dessen Nachkömmlinge, welches mit dem Erblasser durch den nähmlichen Aelterntheil verbunden ist.

4) Sind von einer Seite beyde Großältern ohne Descendenten vor dem Erblasser verstorben, so erhalten die Großältern der anderen Seite und ihre Nachkömmlinge die Verlassenschaft.

5) Ist von diesen beyden Großältern ebenfalls Eines ohne Descendenten gestorben, so fällt die ganze Verlassenschaft auf den vierten noch lebenden Großälterntheil, und wenn auch dieser nicht mehr lebte, auf seine Descendenten; wo es sich treffen kann, daß ein entfernter Verwandter allein den ganzen Nachlaß erhält [1]).

6) Es würden daher, nach der vorliegenden Stammtafel [2]), wenn der Erblasser ohne Kinder, ohne Aeltern und Geschwister verstürbe, seine Erbschaft von 16000 fl. nur unter die vier Großältern bb, cc, dd und ee zu gleichen Theilen vertheilt werden, und jedes von ihnen 4000 fl. bekommen. Im Abgange des väterlichen Großvaters bb würde sein Antheil seinem Sohne c, und in dessen Abgange dem Enkel aa zufallen. Dasselbe findet in Ansehung der mütterlichen Großältern dd und ee und ihren Nachkommen p — s Statt. Wäre der bb ohne Hinterlassung von Descendenten vor dem Erbanfalle gestorben, so würde der ihm für den Fall seines Lebens von dem Gesetze zugewiesene Antheil seiner Gattinn cc zufallen, und sie daher 8000 fl. bekommen. Wäre auch diese mit Tode abgegangen, ohne daß von ihr Abstämmlinge vorhanden wären, so würden der dd und die ee die vollen 16000 fl. theilen, und daher jedes derselben 8000 fl. erhalten. Wäre auch von diesen Beyden Eines ohne Hinterlassung von Descendenten verstorben, z. B. der dd, so würde der ee,

1) Siehe Hüttner a. a. O. §. 72.

2) Sie ist ganz die nähmliche, welche dem Zeillerschen Commentare am Ende der 2. Abtheilung des 2. Bandes angefügt ist, da ich diese sehr zweckmäßig gefunden habe, um die öst. gesetzliche Erbfolgeordnung gleichsam mit einem Blick überschauen zu können.

und so fern auch dieser mit Tod abgegangen wäre, der p, und in dessen Abgang der q, und wäre auch dieser verstorben, der r und s mitsammen die vollen 16000 fl. als Erbschaft erhalten.

§. 741.

4. Linie: Die Urgroßältern und ihre Nachkömmlinge.

Nach gänzlicher Erlöschung der dritten Linie kommt die gesetzliche Erbfolge auf die vierte. Zu dieser Linie gehören die Aeltern des väterlichen Großvaters und ihre Nachkömmlinge; die Aeltern der väterlichen Großmutter mit ihren Nachkömmlingen; die Aeltern des mütterlichen Großvaters mit ihrer Nachkommenschaft; und die Aeltern der mütterlichen Großmutter mit der ihrigen.

§. 742.

Sind von allen diesen vier Stämmen Verwandte vorhanden, so wird die Erbschaft zwischen denselben in vier gleiche Theile getheilet, und jeder Theil wieder zwischen den zu jedem Stamme gehörigen Personen nach eben den Grundsätzen untergetheilt, nach welchen zwischen den Aeltern des Erblassers und zwischen ihren Nachkömmlingen eine ganze Erbschaft gesetzmäßig getheilt wird.

§. 743.

Ist Einer von den zu dieser Linie gehörigen vier Stämmen bereits erloschen, so fällt dessen Antheil nicht allen übrigen drey Stämmen zu; sondern, wenn der erloschene Stamm von der väterlichen Seite ist, so fällt dem andern Stamme von der väterlichen Seite die Hälfte der Erbschaft zu; und, wenn der erloschene Stamm von der mütterlichen Seite ist, so fällt dem andern Stamme von der mütterlichen Seite gleichfalls die

Hälfte der Erbschaft zu. Sind aber beyde Stämme von der väterlichen und mütterlichen Seite erloschen, so fällt auf die zwey Stämme von der anderen Seite, und, wenn auch von diesen schon Einer erloschen ist, auf den einzigen von dieser Seite noch übrigen Stamm die ganze Erbschaft.

1) Vor Allem wird hier bemerkt, daß in dem Schlußsatze dieses letzten Paragraphs ein offenbarer Schreibfehler unterlaufen sey, und derselbe folgendergestalt lauten müsse: Sind aber beyde Stämme von der väterlichen oder mütterlichen Seite erloschen, so u. s. w.

2) Wenn von Allem denen Personen, welche zur dritten Linie gehören, Niemand mehr vorhanden ist, so wird die vierte Linie zur Erbschaft berufen, zu welcher die Aeltern sowohl von den väterlichen als mütterlichen Großältern des Erblassers sammt ihren Nachkommen gehören. — In diesen hier angeführten Paragraphen sind folgende Fälle enthalten:

3) Alle Urgroßältern (was sich selten treffen wird) überleben den Erblasser; in diesem Falle erhält jedes ein Achtel der Erbschaft.

4) Sind einige oder alle Großältern mit Hinterlassung von Descendenten vor dem Erblasser gestorben, so kommt letzteren das Repräsentationsrecht zu Statten. Es werden nach der Anzahl der Urgroßältern acht Hauptheile von der Erbschaft gemacht, und jeder Haupttheil unter die Descendenten derselben nach den bisher entwickelten Regeln vertheilet.

5) Hat Eines der verstorbenen Urgroßältern gar keine Abstämmlinge hinterlassen, so fällt sein Antheil jenem der Urgroßältern oder dessen Descendenten zu, welcher durch den nähmlichen Ascendenten des zweyten Grades mit dem Erblasser verbunden ist.

6) Sind zwey Urgroßältern ohne Hinterlassung von Descendenten vor dem Erblasser gestorben, so ist zu unterscheiden, ob diese durch den nähmlichen Ascendenten des zweyten Grades mit dem Erblasser verbunden waren oder nicht. Waren sie durch verschiedene Großältern mit dem Erblasser verbunden, so gelten die so eben (Nr. 5) angegebenen Regeln; sind sie aber durch denselben Großälterntheil mit dem Erblasser verbunden, so fallen ihre

Erbtheile auf jene Urgroßältern und ihre Descendenten, deren Verbindung mit dem Erblasser durch den nähmlichen Aelterntheil, wie bey den weggefallenen Urgroßältern, gegründet wird.

7) Sind alle vier durch denselben Aelterntheil mit dem Erblasser verbundenen Urgroßältern ohne Hinterlassung von Abkömmlingen verstorben, so fallen ihre Antheile auf alle vier Urgroßältern und deren Descendenten, welche durch den anderen Aelterntheil mit dem Erblasser verwandt sind, unter welchen dann wieder die oben aufgeführten Regeln in Anwendung zu bringen sind.

§. 744.

5. Linie: Die zweyten Urgroßältern und ihre Nachkömmlinge.

Wenn von der vierten Linie kein Verwandter mehr am Leben ist, so fällt die Erbschaft auf die fünfte, nähmlich: auf des Erblassers zweyte Urgroßältern und ihre Nachkömmlinge. Zu dieser Linie gehört der Stamm der väterlichen Großältern des väterlichen Großvaters; der Stamm der mütterlichen Großältern des väterlichen Großvaters; der Stamm der väterlichen Großältern der väterlichen Großmutter; der Stamm der mütterlichen Großältern der väterlichen Großmutter; der Stamm der väterlichen Großältern des mütterlichen Großvaters; der Stamm der mütterlichen Großältern des mütterlichen Großvaters; der Stamm der väterlichen Großältern der mütterlichen Großmutter; und der Stamm der mütterlichen Großältern der mütterlichen Großmutter.

§. 745.

Jeder von diesen acht Stämmen hat mit den übrigen gleiches Erbrecht, und, wenn von jedem Stamme Verwandte vorhanden sind, so wird die Erb-

schaft unter ihnen in acht gleiche Theile getheilt, und jeder Theil unter den zu diesem Stamme gehörigen Personen nach der bey den vorigen Linien vorgeschriebenen Ordnung wieder untergetheilt.

§. 746.

Wenn Einer dieser acht Stämme erloschen ist, so fällt dasjenige, was den väterlichen Großältern eines Großvaters oder einer Großmutter gehört hätte, dem Stamme der mütterlichen Großältern eben dieses Großvaters oder dieser Großmutter zu; und, was den mütterlichen Großältern eines Großvaters oder einer Großmutter gebühret hätte, fällt dem Stamme der väterlichen Großältern eben dieses Großvaters oder eben dieser Großmutter zu.

§. 747.

Sind beyde Stämme eines Großvaters oder einer Großmutter erloschen, so bleiben die Antheile, die zu der väterlichen Seite des Erblassers gehören, bey den noch übrigen Stämmen der väterlichen Seite; und die Antheile, die zu der mütterlichen Seite des Erblassers gehören, bleiben bey den noch übrigen Stämmen von der mütterlichen Seite. Wenn aber von allen vier Stämmen der väterlichen Seite, oder von allen vier Stämmen der mütterlichen Seite kein Verwandter mehr vorhanden ist; so erhalten die von der andern Seite vorhandenen Stämme die ganze Erbschaft.

§. 748.

6. Linie: Die dritten Urgroßältern und ihre Nachkommenschaft.

Wenn endlich auch die fünfte Linie ganz erloschen ist, so fällt die gesetzliche Erbfolge auf die sechste, nähmlich: auf des Erblassers dritte Urgroßältern und ihre Nachkömmlinge. Zu dieser Linie gehören sechzehn Stämme, nähmlich: die Stämme derjenigen Aeltern, aus welchen die Stammältern der fünften Linie entsprossen sind. Wenn von jedem dieser Stämme Verwandte am Leben sind, so wird die Erbschaft in sechzehn gleiche Stammtheile getheilt, und jeder Stammtheil zwischen den zu diesem Stamme gehörigen Verwandten nach den bereits angegebenen Grundsätzen wieder untergetheilt.

§. 749.

Sind von einigen dieser Stämme keine Verwandten mehr am Leben, so fallen ihre Antheile auf diejenigen Stämme, die nach der Vorschrift der §§. 743 und 746 mit den erloschenen Stämmen in der nächsten Verbindung stehen. Sind nur von einem einzigen Stamme Verwandte übrig, so gebührt ihnen die ganze Erbschaft.

Wenn man die Erklärung der früheren §§. aufgefaßt hat, so wird der Inhalt dieser hier angeführten §§., welche nur eine consequente Anwendung der bereits in den früheren §§. festgestellten Vorschriften enthalten, von selbst klar, und es wird hier jede weitere Erläuterung, die nur eine neuerliche Wiederhohlung des bereits Gesagten enthalten müßte, überflüssig. Die Einfachheit und Klarheit unserer schon früher (am 11. May 1786) eingeführten, und in das jetzige Gesetzbuch unverändert aufgenommenen verwandtschaftlichen Erbfolgeordnung hat sich, wie Herr Hofrath von Zeiller in seinem Commentare bemerkte, am sicher-

sten in der Erfahrung dadurch bewähret, daß seit ihrer Einführung noch kein Rechtsstreit daraus entsponnen worden ist, eine Bemerkung, welche die Vorzüglichkeit dieses Gesetzbuches in diesem Puncte in eben jenem Grade emporhebt, wie öfter sie im Verfolge der Zeit wiederhohlt werden kann.

§. 750.

Wenn Jemand mit dem Erblasser von mehr als einer Seite verwandt ist, so genießt er von jeder Seite das nähmliche Erbrecht, welches ihm, als einem Verwandten von dieser Seite insbesondere betrachtet, gebührt (§. 736).

1) Die Verwandtschaft einer Person mit dem Erblasser ist zuweilen auf mehr als Eine Art begründet, in welchem Falle sie eine mehrfache Verwandtschaft genannt wird. Sie ist im strengen Sinne des Wortes genommen (Bluts-Verwandtschaft) dann vorhanden, wenn Jemand durch mehrere Zeugungslinien mit dem Erblasser verbunden ist. Sie findet meistens bey Seitenverwandten Statt; kann aber auch zwischen Ascendenten und Descendenten eintreten.

2) Dieses letztere ist besonders dann der Fall, wenn Jemand von solchen Aeltern abstammet, welche schon vor der Ehe auf eine oder mehrfache Art miteinander verwandt waren. Ein Beyspiel eines solchen Falles ist, wenn sich Geschwistert-Kinder miteinander verehelichen, und Kinder zeugen; in diesem Falle sind die letzteren mit den Urgroßältern auf zweyfache Weise verwandt. Heirathen einander solche Personen, von welchen eine schon vor der Ehe mit dem Erblasser zweyfach verwandt war, so werden ihre Kinder mit demselben dreyfach verwandt u. s. w.

3) Zwischen Seitenverwandten findet die mehrfache Verwandtschaft Statt, a) wie zwischen Descendenten und Ascendenten aus der ehelichen Verbindung schon vorhin unter sich verwandter Personen. Man muß hier gleichfalls auf den gemeinschaftlichen Stammvater Rücksicht nehmen, und die Linien zählen, durch welche die Collateralen mit ihm verbunden sind, woraus sich dann leicht ergibt, wie vielfach die Verwandtschaft unter den

Collateralen sey. b) Wenn Collateralen mehrere Ascendenten gemeinschaftlich haben, ohne daß diese Ascendenten die alleinigen und gemeinschaftlichen Aeltern dieser Personen sind, weil sie in diesem Falle zweybändige Geschwister wären. Auf diese Art entsteht besonders dann eine mehrfache Verwandtschaft, wenn Personen sich miteinander verehelichen, welche zwar unter sich nicht verwandt sind, wovon aber jeder Theil mit Einem des andern Ehepaares verwandt ist, und jedes Ehepaar Kinder erzeugt. c) Wenn sich Personen ehelichen, welche zwar nicht unter sich, aber mit einer dritten Person gemeinschaftlich verwandt sind, so entsteht zwischen den Kindern dieser Eheleute und der dritten Person eine mehrfache Verwandtschaft. — Man könnte zwar bey einem oberflächlichen Nachdenken versucht werden, anzunehmen, daß zwey Personen, welche mit einer dritten gemeinschaftlich verwandt sind, auch unter sich verwandt seyn müssen, allein dieses wäre nicht richtig; denn es kann eine Person mit einer andern einen gemeinschaftlichen Ascendenten, und eine dritte Person mit dieser gleichfalls wieder einen gemeinschaftlichen zweyten Ascendenten haben, in welchem Falle die zweyte Person zwar mit der ersten und dritten, diese Beyden aber mitsammen nicht verwandt sind.

4) Im weiteren Sinne des Wortes wird auch ein mehrfaches Verwandtschafts-Verhältniß durch die Adoption gegründet, indem dadurch die bürgerliche Verwandtschaft mit der natürlichen zusammentrifft [1]).

5) Steht nun Jemand mit dem Erblasser in einem mehrseitigen Verwandtschafts-Verhältnisse, so muß auch bey der gesetzlichen Erbfolge dieses mehrseitige Verwandtschafts-Verhältniß beachtet werden, und der §. verordnet daher, daß eine solche Person von jeder Seite das nähmliche Erbrecht genieße, welches ihm als einem Verwandten von dieser Seite, insbesondere betrachtet, zugefallen wäre. Wer die oben §§. 732 — 749 entwickelten Lehrsätze gehörig aufgefaßt, kann bey Anwendung der hier festgesetzten Bestimmungen in keine Verlegenheit gerathen.

---

1) Siehe Hüttner an a. O. §§. 30 u. 32, welcher auch mehrere verwickelte Verwandtschafts-Verhältnisse hier angeführt, und durch Zeichnungen der Verwandtschafts-Linien versinnlichet hat.

§. 751.

Ausschließung der entfernteren Verwandten.

Auf diese sechs Linien der ehelichen Verwandtschaft wird das Recht der Erbfolge in Ansehung eines frey vererblichen Vermögens eingeschränkt. Entferntere Verwandte des Erblassers sind von der gesetzlichen Erbfolge ausgeschlossen.

Die Politik der Gesetzgebung räth aus mehreren Gründen an, das Erbfolgerecht der Verwandten auf eine gewisse Zahl von Linien oder Graden zu beschränken. — Die Verfasser des österreichischen Gesetzbuches gingen, wie aus dem Zeiller'schen Commentare zu entnehmen ist, dabey von der Ansicht aus, daß einerseits eine besondere Zuneigung des Erblassers gegen sehr entfernte Verwandte, die ihm kaum der Existenz nach bekannt sind, und bloß den Nahmen, den oft auch fremde Personen führen, mit ihm gemein haben, vernünftiger Weise nicht vermuthet werden könne, und andererseits die Nachforschungen verdunkelter Verwandtschaften höchst unsicher bleiben, und zu vielen Streitigkeiten einladen, worüber doch am Ende die Beweise sehr unzuverlässig und trüglich seyn. — Bis wie weit die Erbfolge der Verwandten ausgedehnt, und bey welcher Linie die Beschränkung eintreten solle, läßt sich nach Vernunftgrundsätzen nicht bestimmen, sondern bleibt lediglich der Willkühr des Gesetzgebers vorbehalten. Der österreichische Gesetzgeber hat diese Gränze wenigstens so weit hinausgerückt, daß demselbem mit Grunde der Vorwurf nicht gemacht werden kann, er habe dadurch der Kammer durch Heimfälligkeit erbloser Güter einen Vortheil verschaffen wollen.

§. 752.

II. Gesetzliches Erbrecht legitimirter Kinder.

Außer der Ehe geborne und durch nachher erfolgte Vermählung ihrer Aeltern legitimirte Kinder; wie auch diejenigen, welchen, ungeachtet eines bey der Verehelichung ihrer Aeltern bestandenen Hindernisses, die besondere Begünstigung des §.

160 zukommt, genießen unter den in eben diesem §. 160 und dem §. 161, enthaltenen Beschränkungen auch in Rücksicht der gesetzlichen Erbfolge die Rechte ehelicher Kinder.

1) Bisher wurde von der ordentlichen gesetzlichen Erbfolge gehandelt, nun kömmt die Reihe auf die außerordentliche, welche sich auf einen anderen Titel, als jenen der ehelichen Verwandtschaft mit dem Erblasser gründet, deren Recht sich jedoch ebenfalls aus dem obigen Grundsatze (§. 731 Nr. 1) erklären läßt. Hierher gehört das gesetzliche Erbrecht: a) der legitimirten Kinder; b) der unehelichen Kinder; c) der Wahlkinder; d) der Aeltern in die Verlassenschaft der unter a und b erwähnten Kinder; e) des überlebenden Ehegatten; endlich wird f) auch noch zu Ende dieses Hauptstückes von der Einziehung erbloser Verlassenschaften durch den Fiscus und die denselben gleichgehaltenen Personen gesprochen.

2) Da die durch Hebung des Ehehinderniſſes oder schuldlose Unwissenheit des Ehegatten (§. 160), dann die durch die nachfolgende Ehe legitimirten Kinder der Regel nach gleiche Rechte mit den ehelichen genießen, so muß ihnen auch das nähmliche Erbrecht, wie diesen, zu Statten kommen. Diese hier aus dem §§. 160 und 161 gezogene Folgerung ist nun durch gegenwärtige Anordnung ausdrücklich bestätiget. Die auf diese Art und Weise legitimirten Kinder genießen daher, so wie alle eheliche Verwandte, das Recht der Familien-Erbfolge; nicht nur allein in Bezug auf den Nachlaß ihrer Aeltern, sondern auch aller übrigen Familien-Glieder, denen gleichfalls gegenseitig ein gleiches Erbrecht auf die Verlassenschaft solcher Kinder und deren Nachkommen zukömmt. Nur bleiben die legitimirten Kinder der ersteren Art in dem Falle, als sie lediglich durch die schuldlose Unwissenheit des einen oder anderen Ehegatten legitimirt worden sind, von dem durch Familien-Anordnungen (Fideicommiß-Instituten) der ehelichen Abstammung vorbehaltenen Vermögen ausgeschlossen (§. 160), und die auf die zweyte Art durch die nachfolgende Ehe legitimirten Kinder können den in einer inzwischen bestandenen Ehe

erzeugten ehelichen Kindern die Rechte der Erstgeburt nicht streitig machen (§. 161).

§. 753.

Einem unehelichen, durch die Begünstigung des Gesetzgebers legitimirten, Kinde kommt auf die väterliche Verlassenschaft nur dann ein gesetzliches Erbrecht zu, wenn es auf Ansuchen des Vaters, um gleiche Rechte mit den ehelichen Kindern in dem freyvererblichen Vermögen zu genießen, legitimirt worden ist.

1) Der §. redet bloß von einem Erbrechte der daselbst benannten Kinder auf die väterliche Verlassenschaft. — Ist das Kind bloß auf Ansuchen des Vaters durch die Begünstigung des Landesfürsten, oder, was Eines und das Nähmliche ist, des Gesetzgebers legitimirt worden, so unterliegt es keinem Zweifel, daß einem solchen Kinde an die Verlassenschaft der Gattinn des Vaters, wenn sie nicht die natürliche Mutter des Kindes ist, sohin seiner respect. Stiefmutter, kein Erbrecht zustehe. Ist die Gattinn seines Vaters zugleich die natürliche Mutter des legitimirten Kindes, so tritt der nachfolgende §. in Anwendung.

2) Der Zweck der Legitimation durch Begünstigung des Landesfürsten ist, wie aus dem §. 162 erhellet, zweyfach, nähmlich: a) um das uneheliche Kind gleich einem ehelichen der Standesvorzüge, oder b) um es des Rechtes an dem freyvererblichen Vermögen Theil nehmen zu lassen. — Gewöhnlich werden beyde Zwecke miteinander vereinigt, und das Ansuchen um die Legitimation auf die Erreichung beyder Zwecke gerichtet. — Allein es ist der Fall nicht ungedenkbar, daß das Gesuch nur auf die Erreichung eines dieser Zwecke gerichtet werde, oder der Landesfürst bey Bewilligung der Legitimation Beschränkungen eintreten lasse. — In diesem letzteren Falle haben ganz natürlich diese Beschränkungen zur Richtschnur zu dienen. — Außer diesen kommt es auf den Inhalt des Gesuches selbst an, ob es nähmlich bloß dahin gerichtet sey, dem Unehelichen die Standesvorzüge des Vaters zu

verschaffen, oder ob dasselbe auch auf die Theilnahme an den Rechten, welche einem ehelichen Kinde auf das freyvererbliche Vermögen des Vaters zustehen, gerichtet ist. Nur in diesem letzteren Falle steht dem Kinde ein Erbrecht auf das Vermögen des Vaters zu.

3) Dieses Erbrecht ist jedoch nur auf das freyvererbliche Vermögen des Vaters beschränkt; es hat sohin dasselbe weder auf die Nachfolge im Familien-Fideicommisse, noch auf das Vermögen der übrigen Familienglieder einen Anspruch.

§. 754.

III. Der unehelichen Kinder.

In Rücksicht auf die Mutter haben uneheliche Kinder bey der gesetzlichen Erbfolge in das freyvererbliche Vermögen gleiche Rechte mit den ehelichen. Zu dem Nachlasse des Vaters und der väterlichen Verwandten, dann der Aeltern, Großältern und übrigen Verwandten der Mutter gebührt den unehelichen Kindern keine gesetzliche Erbfolge.

1) Uneheliche Kinder, wenn sie nicht in der Folge durch eine Art der Legitimation die Rechte der ehelichen erlangt haben, stehen nur, wie v. Zeiller bemerkt, mit ihrer Mutter in einer von dem positiven Gesetze anerkannten (bürgerlichen) Familien-Verbindung. Daher räumt auch das Gesetz denselben nur auf das freyvererbliche Vermögen der Mutter ein gesetzliches Erbrecht ein. Da die ehelichen Descendenten ihre Ascendenten bey der gesetzlichen Erbfolge repräsentiren, so beschränkt sich auch dieses Erbrecht nicht auf die Person des unehelichen Kindes selbst, sondern dehnt sich auch auf die ehelichen Nachkömmlinge desselben aus. — Auch genießen die unehelichen Kinder in Hinsicht auf das freyvererbliche Vermögen der Mutter ganz gleiche Rechte mit den ehelichen, ohne Unterschied, ob sie mit ehelichen Kindern concurriren oder nicht.

2) Indessen beschränkt sich das gesetzliche Erbrecht der unehelichen Kinder nur immer auf die Person der Mutter. Auf die Verlassenschaft aller übrigen Verwandten gebührt denselben eben so wenig ein Erbrecht, als es ihnen auf das Vermögen ihres unehelichen Vaters zusteht, wenn gleich der gesetzliche Beweis der Vaterschaft hergestellt seyn sollte (§. 163 u. 164). Hier ist aber bloß von dem eigentlichen Erbrechte die Rede; in so fern sie ihrer Verpflegung und Erziehung wegen einen Anspruch an die Verlassesmasse ihres Vaters zu stellen haben, ist bey Erläuterung des §. 171 vorgekommen.

§. 755.

IV. Der Wahlkinder.

Wahlkinder haben bey der gesetzlichen Erbfolge in das freyvererbliche Vermögen desjenigen, welcher sie an Kindesstatt angenommen hat, ein gleiches Recht, wie die ehelichen Kinder. In Rücksicht der Verwandten desselben oder des Ehegatten, ohne dessen Einwilligung die Annahme geschehen ist, steht ihnen kein Erbrecht zu. Sie behalten aber das gesetzliche Erbrecht in dem Vermögen ihrer natürlichen Aeltern und Verwandten (§. 183).

1) Ein Wahlkind steht in einem zweyfachen Familien-Verhältnisse, nähmlich mit der adoptirenden Person, und derjenigen Familie, der es von Geburt aus angehört. Demnach steht dem Wahlkinde auch ein zweyfaches gesetzliches Erbrecht zu, ein Mahl in das Vermögen der Wahlältern, dann in jenes seiner natürlichen Aeltern und Verwandten.

2) Was das Erbrecht des Wahlkindes in das Vermögen der Wahlältern anbelangt, so ist hierüber Folgendes zu bemerken: a) Es bezieht sich nur auf das freyvererbliche Vermögen des Adoptanten, des Wahlvaters oder der Wahlmutter, oder, wenn es von beyden Ehegatten einverständlich adoptirt worden, beyder Wahlältern, und bleibt demnach von der Erlangung alles jenes

Vermögens ausgeschlossen, über welches die Wahleltern nicht frey verfügen können; b) in dem freyvererblichen Vermögen haben die Wahlkinder gleiche Rechte mit den ehelichen Kindern, und erben, wenn eheliche Kinder vorhanden sind, mit diesen zu gleichen Theilen; c) diese Rechte der Wahlkinder gehen auch auf ihre legitimen Descendenten über; d) das gesetzliche Erbrecht der Wahlkinder ist auf die sub a berührten Personen beschränkt, und erstreckt sich auf keine Verwandten desselben. e) Damit das gesetzliche Erbrecht der Wahlkinder Statt habe, wird vorausgesetzt, daß die Adoption in der Folge nicht aufgehoben worden sey, und daß bey der Annahme an Kindesstatt in Hinsicht der Erbfolge durch Vertrag nichts besonders festgesetzt wurde. Indessen liegt nicht dem Wahlkinde ob zu beweisen, daß das Adoptions-Verhältniß bis zum Tode des Adoptanten fortgedauert habe, und daß in Ansehung der Erbfolge nichts besonders bedungen worden sey, sondern der Beweis des Gegentheils würde demjenigen obliegen, der dasselbe behauptet.

3) Das Wahlkind behält aber nebst dem durch die Adoption erhaltenen gesetzlichen Erbrechte in das Vermögen der Wahleltern, auch das durch die Zeugung gegründete in das Vermögen seiner natürlichen Aeltern und Verwandten. Ist demnach das Kind ein eheliches oder legitimirtes, so hat es auch das solchen Kindern in das Vermögen der Aeltern und Verwandten zustehende Erbrecht; ist es ein uneheliches, so hat es nur in Hinsicht der Mutter ein gesetzliches Erbrecht, kann aber, wenn es von den Wahleltern nicht so viel erhält, um den Unterhalt, die Erziehung und Versorgung bestreiten zu können, auch auf das Vermögen des natürlichen Vaters Anspruch machen [1]).

§. 756.

V. Erbrecht der Aeltern in Rücksicht der in den §§. 752 — 754 erwähnten Kinder.

Den Aeltern kömmt auf den Nachlaß ihrer legitimirten, oder von dem Gesetze besonders begün-

1) Siehe Hüttner über die gesetzliche Erbfolge. Wien 1819. S. 270 — 274.

stigten unehelichen Kinder eben das wechselseitige Recht zu, welches den Kindern auf den Nachlaß ihrer Aeltern eingeräumt worden ist (§§. 752 — 754). In dem Vermögen eines unehelich gebliebenen Kindes gebührt nur der Mutter die Erbfolge; der Vater, alle Großältern und andere Verwandten des Kindes sind davon ausgeschlossen. Auch die Wahlältern haben kein gesetzliches Erbrecht auf die Verlassenschaft des Wahlkindes; sie fällt nach der gesetzlichen Erbfolge dessen Verwandten zu.

1) Die gegenwärtige gesetzliche Anordnung stützet sich auf das den Bestimmungen über die gesetzliche Erbfolge zu Grunde liegende Prinzip, daß die Erbrechte wechselseitig sind. — Daß die Aeltern derjenigen Kinder, welche durch Hebung des Ehehindernisses oder schuldlose Unwissenheit der Ehegatten (§. 160), oder durch die nachfolgende Ehe legitimirt worden sind (§. 161), ein gesetzliches Erbrecht auf die Verlassenschaft der letzteren haben, ist von keinem österreichischen Rechtsgelehrten bezweifelt worden. Nicht so einig ist man darüber, ob den Aeltern auch ein gesetzliches Erbrecht auf den Nachlaß ihrer durch die Begünstigung des Landesfürsten legitimirten Kinder (§. 162) zukomme? In dem v. Zeiller'schen Commentare wird die hier aufgeworfene Frage bejahend, in den Miszellen [1]) des Herrn Regierungsrathes v. Scheidlein aber verneinend beantwortet; in meiner Erläuterung der gesetzlichen Bestimmungen über den Pflichttheil [2]) habe ich die Meinung des Herrn Hofrathes von Zeiller gegen die verneinenden Gründe des Herrn Regierungsrathes v. Scheidlein zu vertheidigen gesucht, die aber der Herr Recensent meiner Abhandlung [3]) neuerdings angegriffen hat. — Indessen scheint mir noch immer die bejahende Beantwortung der obigen Frage die richtigere zu seyn; denn wenn man die Marginal-Rubriken zu den §§. 160 u. 162

1) 2 Heft §. 10.
2) §. 16.
3) Siehe Wag. Zeitsch. Jahrg. 1823, VIII. H., S. 361 — 366.

ansieht, so findet man, daß der Gesetzgeber eine dreyfache Legitimation unterscheidet, worunter auch die durch Begünstigung des Landesfürsten gehört. Wenn also von legitimirten Kindern überhaupt, und ohne Beyfügung einer Beschränkung, die Rede ist, so muß auch die letztere Gattung hierunter verstanden werden. Die mögliche Einwendung, daß dergleichen Randrubriken keine Gesetzeskraft haben, ist hier von keinem Gewichte, weil im ganzen dritten Hauptstücke des Gesetzbuches im Contexte die Benennung „Legitimation" nicht vorkömmt; und daher, wenn in einem späteren, wie z. B. im gegenwärtigen §. von legitimirten Kindern die Rede ist, der Begriff dieses Ausdruckes aus der erwähnten Marginalrubrik, mit welcher auch die des §. 752 übereinstimmt, entnommen werden muß. — Daß die im §. 162 berührte Begünstigung des Gesetzgebers auch unter dem Ausdruck „Legitimation" begriffen werden müsse, bestätigt auch der Inhalt des §. 753 und der Hofdecrete vom 28. Jänner 1816; J. G. S. Nr. 1206 und 11. Jänner 1819 J. G. S. Nr. 1535. Wer also behauptet, daß der Ausdruck „legitimirte Kinder" in dem gegenwärtigen §. eine engere Bedeutung habe, dem liegt es ob, nachzuweisen, daß der Zusammenhang der Worte in demselben, oder der Zusammenhang dieses §. mit den ihm verwandten Gesetzesstellen, oder die klare Absicht des Gesetzgebers auf eine eingeschränktere Bedeutung hinzeigen [1]). Allein aus dem Inhalte des §. gehet nicht nur allein eine beschränktere Bedeutung des Wortes „Legitimation" nicht, sondern vielmehr das Gegentheil hervor, da sich hier ausdrücklich auf die §§. 752 — 754 berufen wird, wodurch der Gesetzgeber andeutet, daß auch der Ausdruck „Legitimation" in seinem vollen Umfange angewendet werden müsse. Daß die Citation dieser §§. als keine gesetzliche Anordnung anzusehen sey, weil sie nicht in den Text eingewebt, sondern erst nach dem völlig geschlossenen Satze angeführt sind, halte ich nicht für richtig, weil ich die ganze Stellung der Worte in einem Gesetze, folglich auch die Citation dieser §§. als vom Gesetzgeber herrührend ansehen zu müssen glaube. Die Citation dieser

1) Siehe den ersten Band meines Commentars S. 73.

§§. hat ja offenbar nur zum Zwecke, mit größerer Deutlichkeit zu bezeichnen, welche Kinder hier gemeint sind, und da diese Citation vom Gesetzgeber selbst herrühret, so kann man nicht annehmen, daß hier ein Irrthum unterlaufen sey. — Richtig ist es zwar, daß die Citation des §. 754 auf den ersten Satz dieses §. nicht passe; allein als irrig kann sie auch nicht angesehen werden, weil es doch immer wahr ist, daß den Aeltern in den Nachlaß ihrer unehelichen Kinder überhaupt in so fern ein Erbrecht zustehe, als den Kindern ein solches auf den Nachlaß ihrer Aeltern zukömmt. — Vergleicht man die §§. 558, 559 und 561 des gallizischen Gesetzbuches 2. Theil mit den dießfälligen Vorschriften des bürgerlichen Gesetzbuches, so muß sich Jedem die Ueberzeugung aufdringen, daß es gar nicht in der Absicht des Gesetzgebers lag, Aenderungen in den dort aufgestellten Grundsätzen eintreten zu lassen, und eben so wenig kann bezweifelt werden, daß der §. 561 des gall. G. B. unter dem Ausdruck „legitimirte Kinder" auch diejenigen verstanden habe, welche durch die Begünstigung des Gesetzgebers legitimirt worden sind. — Hierzu kömmt noch, daß aus der Textirung des gegenwärtigen §. klar hervorleuchtet, der Gesetzgeber habe hier erschöpfend darstellen wollen, in wie fern den Aeltern auf den Nachlaß ihrer unehelichen Kinder ein Erbrecht zustehe; wäre aber die gegentheilige Meinung richtig, so hätte er hier die durch die Begünstigung des Gesetzgebers gleichsam ehelich gemachten Kinder ganz übergangen, und die Frage: in wie fern die Aeltern auf den Nachlaß derselben ein Erbrecht haben? wäre in diesem §. gar nicht beantwortet.

2) Eine weitere Frage entsteht hier: ob zur Verlassenschaft der legitimirten Kinder nur ihre unmittelbaren Aeltern, oder auch alle Großältern und andere Verwandten in den nächsten sechs Linien als gesetzliche Erben zugelassen werden müssen? — In Ansehung dieser Frage hat sich Herr Professor Schuster [1]) dahin ausgesprochen, daß die Praxis gar keinen Anstand nehme, alle Großältern und andere Verwandten in den nächsten sechs Linien zu dem Nachlasse der durch die nachfolgende Ehe, und durch die

1) Siehe Wag. Zeitsch. 1830. VI. Heft, S. 323 — 331.

Begünstigung des Gesetzes legitimirten Kinder (§§. 160 u. 161) zuzulassen; — daß sie aber durch die Worte des Gesetzes von der gesetzlichen Erbschaft ausgeschlossen werden, da in dem gegenwärtigen Paragraphe nur von den Aeltern dieser legitimirten Kinder eine Erwähnung geschehe, folglich auch dadurch die Großältern und alle anderen Verwandten ausgeschlossen worden seyen und denselben in keiner andern Gesetzesstelle des Hauptstückes von der gesetzlichen Erbfolge ein Erbrecht eingeräumt werde. — Allein da in keiner Stelle des Gesetzbuches die entfernteren Ascendenten und ihre Abkömmlinge von der Erbfolge in den Nachlaß derley legitimirten Kinder ausdrücklich ausgeschlossen werden, und Herr Professor Schuster selbst zuläßt, daß die Absicht des Gesetzes dahin gerichtet sey, den durch die nachfolgende Ehe der Aeltern und durch die Begünstigung des Gesetzes legitimirten Kindern gegen die Aeltern, Großältern und andere Verwandte, dagegen auch Letzteren gegen Erstere das gesetzliche Erbrecht einzuräumen; so dürfte auch die in der Praxis angenommene Meinung nicht als gesetzwidrig angesehen, und daher fortwährend aufrecht erhalten werden. Daß den entfernteren Ascendenten und ihren Abkömmlingen auf das Vermögen der durch die Begünstigung des Landesfürsten legitimirten Kinder kein Erbrecht zustehe, unterliegt keinem Zweifel.

3) Das uneheliche Kind erbt sammt seiner ehelichen Nachkommenschaft von der Mutter; die Mutter erbt von dem Kinde und dessen Nachkommenschaft. Dagegen ist das uneheliche Kind hier von der Erbfolge in dem Vermögen des Vaters, aller Agnaten und Cognaten ausgeschlossen, und eben so wenig gebührt diesem ein Erbrecht an die Verlassenschaft des unehelichen Kindes. Die hier im Gesetze ausdrücklich bemerkte Ausschließung der Verwandten gibt zugleich deutlich zu erkennen, daß diese Ausschließung in Ansehung legitimirter Kinder nicht durchgehends Statt habe.

4) Eine Ausnahme von dem Prinzipe der wechselseitigen Erbfolge macht das Verhältniß zwischen den Wahlältern und dem Wahlkinde. Der Grund dieser Ausnahme liegt darin, weil durch die Wahlkindschafts-Verhältnisse die eigenen Familien-

Verhältnisse des Wahlkindes (mit der Ausnahme, daß der Wahlvater die väterliche Gewalt übernimmt) nicht geändert werden (§. 183). Hätte der Gesetzgeber den Wahlältern das Recht der gesetzlichen Erbfolge in das Vermögen ihrer Wahlkinder eingeräumt, so hätte er dasselbe den leiblichen Aeltern oder den übrigen Verwandten benehmen müssen, welches er um so weniger thun wollte, als dieses nicht nur allein dem Grundsatze: daß durch das Wahlkindschafts-Verhältniß das eigene Familien-Verhältniß nicht zerstört werden sollte, entgegen gewesen wäre, sondern viele Unzukömmlichkeiten nach sich gezogen haben würde, die nur durch eine Menge positiver Anordnungen hätten vermieden werden können.

§. 757.

Gesetzliches Erbrecht des Ehegatten.

Dem überlebenden Ehegatten des Erblassers gebührt, ohne Unterschied, ob er ein eigenes Vermögen besitze oder nicht, wofern drey oder mehrere Kinder vorhanden sind, mit jedem Kinde ein gleicher Erbtheil; wenn aber weniger als drey Kinder vorhanden sind, der vierte Theil der Verlassenschaft zum lebenslangen Genusse; das Eigenthum davon bleibt den Kindern.

1) Die Gesetzgebung mag das Princip der Intestat-Erbfolge in die vermuthete Liebe und Zuneigung des Erblassers, oder in die enge Familien-Verbindung setzen, so wird sich dieselbe immer geneigt fühlen, auch dem überlebenden Ehegatten ein Intestat-Erbrecht einzuräumen. — Für dieses streitet um so mehr die Billigkeit, als, wie Herr Hofrath von Zeiller bemerkt, in den eigentlichen (producirenden) Erwerbs-Classen die Ehegatten häufig sowohl mit ihrem beyderseitigen Vermögen, als auch mit ihren Kräften unmittelbar zum Erwerbe beytragen; in andern Classen geschieht dieses wenigstens mittelbarer Weise, indem die Frau den Mann der Sorge des Hauswesens überhebt, und ihn dadurch in den Stand setzt, seinen Berufsgeschäften nachzukommen;

und der Mann die Verwaltung und Vermehrung des Vermögens seiner Frau besorget. Daher räumen die Gesetze dem Ehegatten im größeren oder minderen Maße, je nachdem Descendenten, oder entferntere Verwandte, oder gar kein solcher vorhanden ist, oder je nachdem die Anzahl der Descendenten des Erblassers größer oder geringer ist, ein regelmäßiges Erbrecht ein, dessen Festsetzung um die Ordnung der verwandtschaftlichen Erbfolge nicht zu unterbrechen, hierher verspart worden ist.

2) Das Gesetz macht zwischen den beyden Ehegatten keinen Unterschied, es steht dem überlebenden Manne eben so gut, wie der Frau, zu, wenn sie den Mann überlebt; es gebührt dem einen oder anderen ohne Unterschied, ob er arm oder reich, oder ob er von einer anderen Seite eine Unterstützung genießt oder nicht. Jedoch kann das Erbrecht nur dem wirklichen Gatten, und nicht dem bloßen Schein-Ehegatten zukommen. — Es muß daher, wie v. Hüttner [1]) ganz richtig bemerkt, die Ehe entweder ursprünglich gültig gewesen, oder es in der Folge durch rechtliche Convalidation geworden seyn, und die Begünstigung, welche das Gesetz den aus einer ungültigen oder putativen Ehe erzeugten Kindern hinsichtlich der gesetzlichen Erbfolge angedeihen läßt, kann auf die Aeltern dieser Kinder nicht ausgedehnt werden; insbesondere kann, da auch eine putative Ehe eigentlich keine Ehe ist, auch nicht jeder Ehegatte, welchem die schuldlose Unwissenheit des Ehehindernisses zu Statten kömmt, ein gesetzliches Erbrecht in den Nachlasse des vermeintlichen Mit-Ehegatten ansprechen. — Jedoch kann, wenn die Ehe bis zu dem Tode des anderen Theiles nicht bestritten und für ungültig erklärt wurde, außer in den Fällen der §§. 62 — 64, keine nachträgliche Ungültigkeits-Erklärung mehr erfolgen, und das Erbrecht des überlebenden Ehegatten auch nicht mehr angefochten werden [2]).

3) Aus der aufgestellten Bemerkung, daß das Erbrecht nur dem wirklichen Gatten zustehe, folgt auch, daß die in einigen deutschen Provinzen, wo das römische Recht in Wirksamkeit ist,

---

1) In seiner Lehre von der gesetzlichen Erbfolge §. 113.

2) Siehe meine Erläuterung 2. B. S. 6 — 14.

geltende Gewohnheit, vermög welcher eine Braut, die vor der Hochzeit unvermuthet stirbt, gleich einer wirklichen Gattinn das gesetzliche Erbrecht ansprechen kann, wenn eine rechtsgültige Verlobung vorhergegangen ist, von der österreichischen Gesetzgebung nicht angenommen worden ist. — Eben so wenig können die Erben des früher verstorbenen Gatten einen Theil des Nachlasses des später mit Tode abgegangenen Ehegatten in Anspruch nehmen, da das Gesetz nur dem überlebenden Ehegatten ein gesetzliches Erbrecht zugesteht. Ist aber der überlebende Ehegatte vor dem Antritt der Erbschaft verstorben, so können die Erben desselben von dem Transmissions-Rechte in so fern Gebrauch machen, als der dem überlebenden Ehegatten zugefallene Erbtheil ihr volles Eigenthum geworden wäre; hätte er aber bloß den Fruchtgenuß erhalten, so wäre derselbe ohnehin mit seinem Leben erloschen, und seine Erben würden auch aus dem Titel des Transmissions-Rechtes nichts erhalten [1]).

4) Der Erbtheil, welcher dem überlebenden Ehegatten aus der Verlassenschaft des verstorbenen zukömmt, ist sowohl in Hinsicht der Quantität als der Qualität verschieden. — In Ansehung der Qualität des Erbtheiles kömmt es darauf an, ob der überlebende Ehegatte mit Kindern des Erblassers, oder mit anderen gesetzlichen Erben desselben concurrire, oder ob gar keine andere zur Erbschaft berufene Person vorhanden seye. Im ersten Falle gebührt ihm bloß der Genuß des ihn treffenden Antheiles, für seine Lebenszeit, das Eigenthum davon bleibt den Kindern. — Stirbt dieser Ehegatte in der Folge, und hinterläßt er, neben den Kindern, mit denen er jetzt erbet, noch andere Erben, so können erstere diesen Erbtheil des Ehegatten nach der Theilung als ihr Eigenthum ansprechen, und er ist sohin nicht mehr in die Verlaß-Abhandlung einzubeziehen. — Der überlebende Ehegatte kann auch keine bestimmten Sachen zum Genusse fordern, — sondern muß sich begnügen, wenn ihm die 5 o/o Zinsen von einem, denjenigen Antheil der Verlassenschaft, dessen Genuß ihm nach den Gesetzen gebühret, gleichkommenden, sichergestellten Capitale angewiesen werden. Doch scheint er sich

1) Hüttner S. 227.

mit dem Schätzungswerthe nicht begnügen zu müssen, sondern befugt zu seyn, auf die Feilbiethung sämmtlicher Verlassenschafts-Gegenstände zu dringen.

5) Wenn die Kinder vor dem überlebenden Ehegatten sterben, so ist es nach römischem Rechte streitig, wem die Proprietät des dem letzteren zugekommenen Erbtheiles zufalle, ob sie mit der Verlassenschaft der ersteren vererbet, oder mit dem Fruchtgenusse vereiniget werde? — nach den österreichischen Gesetzen kann wohl das Erstere nicht zweifelhaft seyn; denn der gegenwärtige §. spricht sich dahin aus, daß das Eigenthum den Kindern bleibe, welcher letztere Ausdruck, wie bereits v. Hüttner ganz richtig bemerkt hat, offenbar dahin deutet, daß den Kindern gleich zu Anfang des Fruchtgenusses das Eigenthum zukomme, welches ohne ausdrückliche Verfügung des Gesetzgebers ihren Erben nicht entzogen werden kann.

6) In Hinsicht auf die Quantität des dem überlebenden Ehegatten zukommenden Antheiles kömmt es gleichfalls darauf an, ob der überlebende Ehegatte mit Kindern des Verstorbenen, oder mit anderen gesetzlichen Erben desselben zusammentreffe, oder ob keine gesetzlichen Erben mehr vorhanden seyen. Der erste Fall ist in dem gegenwärtigen §. dahin entschieden, daß, wenn er mit Kindern concurriret, und deren drey oder mehrere vorhanden sind, er mit jedem Kinde einen gleichen Erbtheil, wenn aber weniger als drey Kinder vorhanden sind, den vierten Theil der Erbschaft (zum Genusse) erhalte. — Es entsteht hier die Frage: in welcher Bedeutung das Wort „Kind" im gegenwärtigen §. genommen werden müsse, ob nähmlich darunter nur die Descendenten des ersten Grades, oder auch die Descendenten entfernterer Grade begriffen werden? — Diese Frage muß ohne Zweifel dahin beantwortet werden, daß dieser Ausdruck nur in der ersteren Bedeutung genommen werden könne, weil erstens das Wort „Kind" bey der Lehre von der gesetzlichen Erbfolge überhaupt in dieser engeren Bedeutung genommen zu werden pflegt (§§. 731, 732, 733, 734, 735, 736, 737, 739, 740 u. 754), und zweytens, weil man, wollte man dieses Wort hier in der weiteren Bedeutung nehmen, und auf alle Descendenten ausdeh-

nen, man sogleich das Widersprechende dieses Begriffes in den Folgerungen entdecken würde. Denn der §. setzt voraus, daß jedes Kind einen gleichen Erbtheil erhalte, — diese Voraussetzung trifft aber bey entfernteren Descendenten nicht ein, da diese nach Stämmen und nicht nach Köpfen erben. — Nimmt man aber den Ausdruck „Kind" hier in der engeren Bedeutung, so scheint man sich auf der anderen Seite wieder in Unzukömmlichkeiten zu verwickeln. Setzen wir z. B. den Fall, es seyen nach Absterben eines Ehegatten zwey Kinder (Descendenten des ersten Grades) und von jedem der bereits verstorbenen drey Kinder ein Enkel vorhanden. — Würden nun die Letzteren nicht unter dem Ausdruck „Kind" begriffen, so müßte man nach einer buchstäblichen Auslegung des Gesetzes auch hier den Fall annehmen, daß nur zwey Kinder vorhanden seyen, und in Folge dessen dem Ehegatten ein Viertheil der Verlassenschaft zutheilen. — Es würde also in diesem Falle der überlebende Ehegatte einen größeren Erbtheil zum lebenslänglichen Genusse erhalten, als einem jeden der zwey Kinder zufiele; eine Folge, die der klaren Absicht, welche dieser gesetzlichen Anordnung zum Grunde liegt, offenbar widerstreitet, indem selbe unverkennbar dahin geht, daß der überlebende Ehegatte für keinen Fall mehr als einen Kindestheil bekommen solle. — Auch sagt der §.: „das Eigenthum davon bleibt den Kindern." Sollte man wohl nun hier annehmen, daß den zwey Descendenten des ersten Grades das Eigenthum des dem Ehegatten zum Genusse zustehenden Antheiles mit Ausschließung der vorhandenen drey Enkel zukomme?

Ich glaube daher, daß dem höchsten Gesetzgeber bey Erlassung gegenwärtiger Vorschrift nur der Fall, daß lauter Descendenten des ersten Grades, und keine von verstorbenen Kindern entferntere Nachkömmlinge vorhanden seyen, vor Augen geschwebt habe, und daß er auch nur diesen Fall entscheiden wollte. — Es ist nun für den Fall, als nebst den Kindern (in der engeren Bedeutung dieses Ausdruckes) noch andere entferntere Nachkömmlinge, oder gar kein Descendent des ersteren Grades, sondern nur Enkel oder Urenkel vorhanden sind, gar keine ausdrückliche Norm vorhanden, und es muß daher dieser Fall lediglich aus

der Analogie entschieden werden. — Nun geht aus den §§. 559 u. 733 hervor, daß in diesem letzten Falle die Enkel ihre Aeltern repräsentiren und als Eine Person mit ihnen angesehen werden müssen. Wenn z. B. nach Absterben des Ehegatten A von seinem verstorbenen Sohne B zwey, von dem C drey und der verstorbenen Tochter D fünf Kinder, sohin in allem 10 Enkel vorhanden sind, so ist es doch so viel, als ob drey Kinder vorhanden wären; und nach diesem Maßstabe wird der auf den überlebenden Ehegatten fallende Theil berechnet.

7) Eine weitere Frage entsteht hier: ob in die Anzahl der Kinder die erbunfähigen gerechnet, oder hievon ausgeschlossen werden müssen? — Die Beantwortung muß dahin ausfallen, daß nur die wirklich erbfähigen dabey in Anschlag zu bringen seyen; denn der folgende §. sagt: „ist kein Kind, aber ein anderer gesetzlicher Erbe vorhanden.“ Es wird also in diesem §. offenbar vorausgesetzt, daß die in dem gegenwärtigen §. erwähnten Kinder wirkliche Erben des verstorbenen Ehegatten seyn. Ein erbunfähiges Kind wird daher in dieser Beziehung so angesehen, als wenn es gar nicht vorhanden wäre. Das Nähmliche muß auch von einem Kinde behauptet werden, welches von dem Erblasser aus einem rechtmäßigen Grunde enterbt worden ist.

8) Die Anzahl der Kinder ist nach dem Anfallstage zu berechnen, und kommen nur diejenigen in Betracht, welche damahls leben, oder von welchen damahls Descendenten vorhanden sind, nicht aber auch jene, welche früher starben, und keine erbfähigen Descendenten hinterließen. — Nur wenn der Erblasser eine schwangere Witwe hinterläßt, muß mit der Ausmittlung des Erbtheiles bis zur erfolgten Geburt gewartet werden, weil erst dann mit voller Gewißheit bestimmt werden kann, ob durch diese Geburt die Anzahl der Kinder, und um wie viel werde vermehret werden. — Endlich kommen nicht bloß die, mit dem überlebenden Ehegatten, sondern auch die von dem verstorbenen in einer anderen Ehe, nicht bloß die ehelichen, sondern auch die legitimirten, aus einer vermeintlichen Ehe herstammenden und adoptirten Kinder, in so fern allen diesen ein gesetzliches Erbrecht auf die Verlassenschaft des Verstorbenen zustehet, in Anschlag; und da

uneheliche Kinder die Mutter beerben, so werden sie nur dann gerechnet, wenn der Mann die Frau überlebt. Ist der Ehegatte zugleich ein zur Erbschaft berufener Verwandter des Verstorbenen, so muß er ganz natürlich auch in dieser Eigenschaft zur Erbschaft zugelassen werden.

§. 758.

Ist kein Kind, aber ein anderer gesetzlicher Erbe vorhanden, so erhält der überlebende Ehegatte das unbeschränkte Eigenthum auf den vierten Theil der Verlassenschaft. Doch wird sowohl in diesem, als in dem Falle des §. 757 dasjenige, was gemäß der Ehepacten, eines Erbvertrages, oder einer letzten Anordnung dem überlebenden Ehegatten aus dem Vermögen des anderen zukömmt, in den Erbtheil eingerechnet.

1) Vortheilhafter ist der Erbtheil des Gatten, wenn kein Kind oder entfernterer Descendent (§. 757 Nr. 6) des Erblassers vorhanden ist, der Gatte daher mit entfernteren Verwandten desselben in der Erbfolge zusammentrifft; theils, weil er stets den vierten Theil, ungeachtet die Erbtheile der Verwandten aus vier, aus acht oder wohl noch mehreren Stämmen (§§. 738 — 750) geringer ausfallen, abzuziehen berechtiget ist, theils weil er denselben zum *vollen Eigenthume* erhält.

2) Wie aber die Kinder und Aeltern das, was sie zu gewissen Zwecken, oder durch letzte Anordnung erhalten haben, sich in den Pflichttheil und gesetzlichen Erbtheil müssen einrechnen lassen (§§. 788 — 791), so fordert die Gerechtigkeit, daß auch dem Ehegatten dasjenige, was er aus Ehepacten, aus einem Erbvertrage oder einer letzten Anordnung bereits wirklich empfangen hat, oder noch empfangen soll, mit Rücksicht auf die etwa damit verknüpften Lasten und Einschränkungen, in den gesetzlichen Erbtheil (sowohl in dem Falle des gegenwärtigen, als vorhergehenden

§.) eingerechnet werde [1]). Wir wollen nun die einzelnen Anrechnungsposten kurz durchgehen.

3) Vor Allem erwähnt hier das Gesetz der Ehe-Pacte, worunter nach §. 1217 alle jene Verträge zu verstehen sind, welche in Absicht auf die eheliche Verbindung über das Vermögen geschlossen werden. Was daher immer für Vortheile dem überlebenden Ehegatten aus dem Vermögen des anderen nach dessen Tode in den Ehepacten zugestanden werden, unterliegen in so ferne der Anrechnung, als sie eine Schätzung zulassen. Die gewöhnlichsten und vorzüglichsten Gegenstände der Ehepacte sind in dem §. 1217 angeführt, und sollen hier einzeln aufgezählet werden.

4) Da man unter dem Heirathsgute dasjenige Vermögen verstehet, welches von der Ehegattinn, oder für sie von einem Dritten, dem Manne zur Erleichterung des mit der ehelichen Gesellschaft verbundenen Aufwandes übergeben oder zugesichert wird (§. 1218), so liegt es wohl schon in dem Begriffe desselben, daß es, wenn es nach dem Tode des Mannes der Ehegattinn heimfällt (§. 1229), keiner Anrechnung unterliege, weil es nicht aus dem Vermögen des Mannes herrühret. Anders verhält sich die Sache, wenn die Frau vor dem Manne stirbt, und das Heirathsgut auf Ueberleben bedungen worden ist, indem letzterer dasselbe aus dem Vermögen der Gattinn erlangt hat. Wurde das Heirathsgut von einem Dritten für die Frau gegeben, und dem Manne die Rückerstattung erlassen, so ist zu unterscheiden, ob der Geber das Heirathsgut vorerst der Frau geschenket, und diese die Rückerstattung erlassen, oder ob er es nicht nur aus seinem Vermögen bestellet, sondern auch die Rückerstattung im eigenen Nahmen nachgesehen habe; nur in dem ersten Falle ist der Mann zur Anrechnung des empfangenen Heirahtsgutes verbunden, nicht aber auch in dem zweyten.

5) Von der Widerlage (§. 1230) gebühret der Ehegattinn, wenn sie den Mann überlebet, und sonst keine besondere Uebereinkunft getroffen wurde, das freye Eigenthum. Die Frau

1) Siehe Zeiller's Commentar.

muß sich also dieselbe anrechnen lassen, wenn sie aus dem Vermögen des Mannes herrühret. Stirbt aber die Frau vor dem Manne, so kann von der Anrechnung keine Rede seyn.

6) Ist in den Ehepacten eine Morgengabe versprochen, aber nicht gegeben worden, so, daß die Ehegattinn selbe erst aus der Verlassenschaftsmasse desselben anzusprechen hat, so frägt es sich, ob sie sich selbe anrechnen lassen müsse? — Da die Morgengabe schon am ersten Morgen der Ehe fällig ist (§. 1232); daher schon bey Lebzeiten beyder Ehegatten hätte entrichtet werden sollen, so scheint sie so wenig wie eine andere Schuld des Ehegatten in Anrechnung gebracht werden zu können.

7) Im Falle einer zwischen beyden Theilen bedungenen Gütergemeinschaft ist zuerst die Art und Weise derselben richtig zu stellen. Jede Gütergemeinschaft gibt dem Ehegatten das Recht auf die Hälfte dessen, was von den der Gemeinschaft wechselseitig unterzogenen Gütern nach Ableben des anderen Gatten noch vorhanden ist; der überlebende Ehegatte ist demnach berechtiget, diese Hälfte des rückgelassenen, der Gütergemeinschaft unterzogenen Vermögens, als sein Eigenthum aus der Masse zu nehmen, aus dem übrigen Vermögen des Verstorbenen aber den gesetzlichen Erbtheil anzusprechen. Diese von dem überlebenden Ehetheile aus der Erbschaftsmasse zum voraus genommene Hälfte des der Gemeinschaft unterzogenen Vermögens, unterliegt nun in dem Maße der Anrechnung, als sie *aus dem Vermögen des Verstorbenen* herrühret. Dieses nachzuweisen, kann bey einer besonderen Gütergemeinschaft, wo das sowohl von dem einen als dem anderen Theile eingebrachte Gut ordentlich beschrieben und verzeichnet werden muß (§. 1178), nicht schwer fallen, wenn sich selbe auf das *gegenwärtige* Vermögen bezieht, da es sich aus der vorgenommenen Vergleichung zeigen muß, ob und in wie weit das dem überlebenden Ehegatten aus der Gütergemeinschaft zufallende Vermögen, sein eigenes zugebrachtes, und noch vorhandenes Vermögen übersteige. Nur dieses Superplus ist zur Anrechnung geeignet. Schwieriger ist diese Ausmittelung, wenn sich die Gütergemeinschaft auf das künftige Vermögen erstrecket; denn hier setzet die Vorschrift des §. 1178 den

überlebenden Ehegatten wohl in den Stand, zu bestimmen, wie viel dieses erst nachher erworbene Vermögen überhaupt betrage, nicht aber auch von wessen Seite der Erwerb herrühre. Hier muß daher auf die im §. 1237 ausgesprochene Vermuthung, daß im Zweifel der Erwerb vom Manne herrühre, Rücksicht genommen werden. — Am schwierigsten ist die Anwendung obiger Regel bey einer allgemeinen Gütergemeinschaft, weil bey dieser eine solche Beschreibung und Aufzeichnung des von dem einen oder dem anderen Theile eingebrachten Gutes nicht vorgeschrieben ist, und sich daher auch selten finden wird. — Es muß daher in einem solchen Falle, wenn der überlebende Ehegatte nebst der ihm aus der allgemeinen Gütergemeinschaft gebührenden Hälfte des Vermögens, noch auf einen Theil aus der anderen Hälfte Anspruch machen will (was indessen in der Praxis wohl selten geschehen mag), vorerst ausgemittelt werden, was die Ehegatten bereits bey Schließung des Ehevertrages für ein Vermögen besessen haben, und was erst neuerdings hinzugekommen seye. — Im Zweifel muß angenommen werden, daß das vorhandene Vermögen schon bey Eingehung der Ehe vorhanden war (§. 1237 Nr. 5), und derjenige, welcher behauptet, daß dieses oder jenes Vermögensstück erst während der Ehe hinzugekommen sey, muß den Beweis liefern. — Ist aber bereits dargethan, daß dasselbe erst während der Ehe hinzugekommen ist, dann streitet die Vermuthung, daß dasselbe aus dem Erwerbe des Mannes herrühre, und die Gattinn oder deren Erben müßten das Gegentheil erweisen.

8) Ingleichen unterliegt der Witwengehalt (§. 1242) in so fern der Anrechnung, als er in den Ehepacten zugesichert würde, und aus dem Vermögen des Verstorbenen kommt. Jener Unterhalt aber, welcher der Witwe noch durch sechs Wochen nach dem Tode des Mannes, und wenn sie schwanger ist, bis nach Verlauf von sechs Wochen nach ihrer Entbindung aus der Verlassenschaft gebühret (§. 1245), wird nicht angerechnet, weil ihr diese Verpflegung nicht zufolge der Ehepacte, sondern aus dem Gesetze gehöret. — Wie aber der Witwengehalt in den Erbtheil einzurechnen ist, wird unten erklärt werden.

9) Nicht selten ertheilt ein Ehegatte dem anderen die Fruchtnießung seines ganzen Vermögens, oder wenigstens eines bestimmten Theils desselben auf den Fall des Ueberlebens. — Dieser ist aber vermög der Bestimmung des §. 1258 zur Anrechnung nicht geeignet, indem der überlebende Ehegatte in diesem Falle lediglich die Wahl hat, ob er die bedungene Fruchtnießung oder den gesetzlichen Erbtheil fordern wolle; auf beydes zugleich hat er kein Recht.

10) Oefters werden auch gleich in den Ehepacten wechselseitige Testamente, Codicille oder Erbverträge von den Ehegatten errichtet, auch wohl Schenkungen von Todeswegen zugesichert. Was nun in Folge der einen oder der anderen der überlebende Theil aus dem Vermögen des Verstorbenen erhält, unterlieget der Anrechnung. Diese Anrechnung findet aber auch dann Statt, wenn zwar ein Erbvertrag, ein wechselseitiges Testament, oder überhaupt eine letzte Anordnung bestehet, obgleich keine Ehepacten vorhanden sind, oder die erstgenannten Rechtsgeschäfte von den Ehepacten abgesondert errichtet wurden. Deßhalb erwähnt der gegenwärtige §. auch der Erbverträge und der letzten Anordnungen, und deutet dadurch klar an, daß die Anrechnung des aus einer letztwilligen Anordnung zukommenden Vermögens, ohne Rücksicht, ob Ehepacte bestehen oder nicht, eintreten soll. — Da ferner das Gesetz des allgemeinen Ausdruckes „letzte Anordnung" sich bedienet; so muß der Ueberlebende nicht nur einen eigentlichen Erbtheil, sondern überhaupt jedes Legat sich anrechnen lassen, welches er aus dem Vermögen des Verstorbenen erhält.

11) Die Anrechnung geschieht dadurch, daß das anzurechnende Quantum von dem gesetzlichen Erbtheile in Abzug gebracht wird. Wird Letzterer von Ersterem überstiegen, so kann der Ehegatte zwar keinen Erbtheil ansprechen, er ist aber auch nicht schuldig sich von dem der Anrechnung unterliegenden Betrage etwas abziehen zu lassen, und er kann sich überhaupt von der Anrechnung ganz befreyen, wenn er auf den gesetzlichen Erbtheil Verzicht leistet. Daß die Anrechnung von dem Erblasser erlassen werden könne, kann in dem Falle, als mit dem Ehegatten keine

Notherben concurriren, keinem Zweifel unterliegen, weil er in diesem Falle den überlebenden Ehetheil zum Universalerben einzusetzen berechtiget wäre. Treten aber Notherben mit ein, dann ist auf den ihnen gebührenden Pflichttheil nach den Vorschriften des folgenden Hauptstückes der gehörige Bedacht zu nehmen. Sehr oft wird übrigens der in dem Gesetze nicht entschiedene Fall eintreten, daß der dem überlebenden Ehegatten gebührende Erbtheil und die anzurechnende Sache heterogene Größen seyen, z. B.: In der Verlassenschaft fände sich nichts als 400000 fl. in zweypercentigen Obligationen und ein Haus. — Da ein Kind des Erblassers vorhanden ist, so gebühren dem überlebenden Ehegatten 100000 fl. solcher Obligationen; dann der vierte Theil des Hauses zum lebenslangen Fruchtgenusse: zufolge der Ehepacte aber das Haus im Schätzungswerthe von 20000 fl. zum vollen Eigenthume. Diese Größen sind offenbar heterogen, einmahl, weil beyde Capitale nicht gleichen Zinsfuß haben, und 100 fl. von dem einen, nicht 100 fl. von dem anderen am Werthe gleich sind; dann auch, weil dem Ehegatten von dem einen nur der lebenslange Fruchtgenuß, von dem anderen das volle Eigenthum gebühret. Hr. Prof. v. Hüttner [1]) glaubt, daß es in einem solchen Falle am gerechtesten zu seyn scheine, von beyden den reinen jährlichen Ertrag zu berechnen, und hiernach die Collation zu machen. Also nach dem gegebenen Beyspiele betraget der Fruchtgenuß des Erbtheiles an Obligationen 2000 fl., der reine Ertrag des Hauses sey jährlich 1200 fl., so gebühren von letzterem dem überlebenden Ehegatten als gesetzlicher Erbtheil 300 fl. Der überlebende Ehegatte hätte also noch 1100 fl. von dem Erbtheile jährlich in Anspruch zu nehmen. Allein diese Berechnung wäre allerdings gerecht, wenn dem Ehegatten in den Ehepacten lediglich der Fruchtgenuß des Hauses zugedacht worden wäre; sollte es nun wohl einerley seyn, ob dem überlebenden Ehegatten das uneingeschränkte Eigenthum des Hauses, oder der bloße Fruchtgenuß desselben in den Ehepacten zugedacht worden ist? — oder sollte die gleiche Behandlung des auf die eine oder andere Weise in den Ehepacten begünstigten

1) Dessen Lehre von der gesetzlichen Erbfolge hier besonders benützt wird §§. 121—134.

Ehegatten bey dieser Anrechnung den Forderungen der Gerechtigkeit entsprechen? — Diese Fragen müssen doch zuverlässig verneinend beantwortet werden. — Ich glaube daher, daß im vorliegenden Falle der der Gattinn aus dem Gesetze gebührende Fruchtgenuß von Sachverständigen nach jenen Grundsätzen, nach welchen Leibrenten capitalisiret zu werden pflegen, in Capital angeschlagen werden müsse, wodurch derselbe in eine homogene Größe mit dem Schätzungswerthe des Hauses umgewandelt wird, wornach dann auch die Anrechnung keinen weiteren Schwierigkeiten unterliegen kann.

§. 759.

Wenn aber weder ein Verwandter des Erblassers in den oben angeführten sechs Linien, noch ein anderer aus den in den §§. 752 — 756 berufenen Erben vorhanden ist; so fällt dem Ehegatten die ganze Erbschaft zu. Doch hat ein aus seinem Verschulden geschiedener Ehegatte weder auf die Erbschaft, noch auf einen Erbtheil des Gatten Anspruch.

1) Außer dem regelmäßigen Erbrechte genießt der Ehegatte auch ein subsidiarisches, welches sich auf den ganzen Nachlaß des verstorbenen Gatten erstreckt, und in dem Falle Platz greift, wenn sonst kein anderer fähiger gesetzlicher (oder testamentarischer) Erbe vorhanden ist. — Dieser Fall ereignet sich am gewöhnlichsten bey kinderlosen Erblassern von unehelicher Geburt, auf deren Intestat-Erbschaft nur die Mutter Anspruch hat (§. 756).

2) Sind die Ehegatten zur Zeit eines solchen Todfalles von Tisch und Bett geschieden gewesen, so steht nur den an der Scheidung unschuldigen Ehegatten das Recht der gesetzlichen Erbfolge zu. Der schuldige Ehegatte hat aber selbst in dem Falle hierauf keinen Anspruch, wenn auch dem andern Ehegatten eine gleiche oder noch größere Schuld zur Last fällt [1]). Im Falle einer geschehenen gänzlichen Trennung oder Nichtigerklärung der Ehe kann von einem Erbrechte des überlebenden Ehegatten an die Verlas-

1) Vergl. §. 796 Nr. 3.

senschaft des Verstorbenen keine Rede seyn (§. 1286). Daß der gesetzliche Erbtheil des überlebenden Ehegatten für keinen Fall als ein Pflichttheil angesehen werden könne, gehet aus dem §. 796 hervor, und ist von mir an einem anderen Orte gegen die entgegengesetzte Behauptung des sel. Herrn Professors v. Hüttner, und die von ihm für diese angeführten Gründe, vertheidiget worden[1].

§. 760.

Erblose Verlassenschaft.

Ist auch der Ehegatte nicht mehr am Leben, so wird die Verlassenschaft als ein erbloses Gut, entweder von der Kammer, oder von denjenigen Personen eingezogen, welche vermöge den politischen Verordnungen zur Einziehung erbloser Güter ein Recht haben.

1) Eine Verlassenschaft wird zum erblosen Gute, wenn kein testamentarischer, oder auch kein vom Gesetze berufener Erbe vorhanden ist, oder derselbe sich der Erbschaft entschlägt. Da von einer eigentlichen Erbschaft nur dann die Rede seyn kann, wenn die aus der Verlassenschaft zu leistenden Verbindlichkeiten berichtiget sind, so kann auch ein erbloses Gut nur dann existiren, wenn nach Abtragung sämmtlicher codicillarischer Anordnungen, der Schulden und anderen Lasten noch ein Vermögen erübriget. — Ein solches erbloses Gut kann aber in einem Staate keineswegs der freyen Zueignung preisgegeben werden, sondern es kann entweder der Staat selbst dasselbe zur Bedeckung der Staatsbedürfnisse an sich ziehen, oder er kann die Einziehung solcher erbloser Güter physischen oder moralischen Personen überlassen. In den nachfolgenden §§. soll dargestellt werden, was dießfalls in den österreichischen Ländern Rechtens sey.

2) In der Regel kömmt dem landesfürstlichen Fiscus das Recht zu, dergleichen erbloße Güter an sich zu ziehen. Ausnahmen von dieser Regel sind:

---

1) Siehe meine Erläuterung über den Pflichttheil §. 26.

a. Die unterthänigen Grundgüter einer Verlassenschaft, wozu weder aus einer letztwilligen Anordnung, noch aus dem Gesetze ein Erbe vorhanden ist, fallen in Oesterreich ob und unter der Enns, dann in Mähren und Schlesien, ihren Grundherren zu. Doch ist derselbe schuldig, wieder einen unterthänigen Besitzer, der allgemeinen Landesverfassung gemäß, darauf zu stiften. — Das übrige zu einer solchen erblosen Verlassenschaft eines Unterthans gehörige Vermögen unterliegt aber insgemein der Einziehung des landesfürstlichen Fiscus, und kann sich darauf das Heimfälligkeitsrecht der Obrigkeit der Regel nach nicht erstrecken[1]).

b. In den übrigen Provinzen des österreichischen Kaiserstaates kann der Heimfall eines von den Unterthanen besessenen Gutes nur damahls Platz greifen, wenn entweder dessen lehenbare Eigenschaft standhaft erwiesen, und in dieser Rücksicht ein ordentlich ausgefertigter Lehenbrief vorhanden ist; alsdann hat sich aber der Rückfall nur auf das Lehencorpus selbst, nicht aber auf das Allodiale zu erstrecken [2]), oder wenn auch ohne den Bestand eines solchen Lehenbandes das Heimfälligkeitsrecht auch auf andere zwischen Obrigkeiten und Unterthanen zu Stande gebrachte gültige Verträge und Urkunden, die vor dem Normale vom 25. September 1789 eingegangen worden, gegründet ist; von dieser Zeit an aber können da, wo kein Lehensband erweislich ist, auch keine anderweitigen neuen Verträge über Heimfälligkeiten gültig errichtet werden. Hieraus folgt also, daß auch die vermög der vor dem Normale und außer dem Lehensbande errichteten gültigen Verträge den Obrigkeiten von Zeit zu Zeit anheim fallenden Unterthansgründe gegen die allgemeine Vorschrift, welcher zu Folge die Unterthanen steuerbare Gründe für sich nicht behalten dürfen, künftig nicht mehr mit dem Heimfälligkeitsrechte an Unterthanen überlassen, sondern mit Erhöhung des Kaufschillings für dieses auf immer zu reluirende Heimfälligkeitsrecht an andere Unterthanen erbeigenthümlich verkauft werden müssen [3]).

---

1) Patent vom 20. December 1790; J. G. S. Nr. 97. u. Hofkanzl. Dec. vom 28. Juny 1792; P. G. S., 1. B., S. 110.

2) Hofdec. vom 25. September 1783; J. G. S. Nr. 1052.

3) Hofdec. vom 24. Juny 1790; P. G. S., 1. B., S. 52.

c. Dem Magistrate der Haupt- und Residenzstadt Wien steht das Heimfallsrecht auf die erblosen Verlassenschaften der Bürger Wiens und jener Einwohner des Burgfriedens zu, welche nach der zur Zeit des Albertinischen Freyheits- und Concessionsbriefes von Lichtmeß 1383 bestandenen Jurisdictionsnorm nicht einer anderen, als der magistratlichen Gerichtsbarkeit zugewiesen waren. — Eben so gebührt ihm das Heimfallsrecht auf die zur Bedeckung des vormahls in Uebung gewesenen bürgerlichen Jurisdictions-Abfahrtsgeldes bey ihm erliegenden Depositen; jedoch nur in so weit, als dieselben den Betrag der Abfahrts-Geldforderung nicht übersteigen. Auf das allfällige Uebermaß solcher Depositen aber, so wie auf die aus anderen Veranlassungen in Verwahrung des Magistrats als einer politischen und einer Civilgerichts-Behörde befindliche Vermögen steht ihm das Heimfallsrecht nicht zu. Als Criminalgericht gebührt ihm jedoch das Heimfallsrecht auf die bey seiner dießfälligen Amtshandlung sich ergebenden Depositen in so ferne, als die Criminalgerichtskosten aus seiner Casse bestritten werden. — Als Grundherrschaft in und außer dem Burgfrieden gebührt ihm das Heimfallsrecht nur auf die unterthänigen Grundgüter, keineswegs aber auf das bewegliche, erblose Verlassenschafts-Vermögen der Unterthanen, wenn nicht die im Eingange angeführte gesetzliche Bestimmung ihre Anwendung findet [1]).

d. Eine gewisse Art Heimfallsrechtes ist auch den Krankenanstalten zu Wien und Lemberg bewilliget, indem dem Wiener-Krankenhaus die daselbst zurückgelassenen Kleidungsstücke, und dem Lemberger auch die übrigen in das Krankenhaus mitgebrachten Effecten der dort verstorbenen Personen, wenn sie binnen drey Monathen weder von der Abhandlungs-Instanz, noch von den Erben gefordert werden, zu seiner Disposition zufallen [2]). Endlich

e. Gebührt das Heimfälligkeitsrecht allen jenen Obrigkeiten, welche

---

1) Hofkam. Dec. vom 21. Sept. 1819; J. G. S. Nr. 1639.

2) Hofkanzl. Dec. vom 28. Februar 1814; P. G. S., 42. B., S. 29 und 21. April 1815; Gentta's G. S., 10. B., S. 242.

sich mit besonderen Verleihungs-Urkunden oder dem rechtskräftigen Besitze auszuweisen vermögen.

3) Um Beeinträchtigungen des höchsten Finanz-Regals durch die Nichtkenntniß oder Nichtbeobachtung der bestehenden Gesetze von Seite der Obrigkeiten bey Einziehung heimfälliger Güter in den k. k. Staaten wirksam hintan zu halten, wurde bey Ausübung dieses Heimfälligkeits-Rechtes folgendes Verfahren vorgeschrieben:

a. Alle Gerichte erster Instanz, bey welchen sich Depositen befinden, zu welchen sich seit 32 Jahren kein Eigenthümer vorgefunden hat, diese Depositen mögen von Verlassenschaften oder von gerichtlichen Erlagen herrühren, sind verbunden, die Edictal-Einberufung der Eigenthümer mit Festsetzung einer Frist von einem Jahre, sechs Wochen und drey Tagen zur Darthuung ihrer Ansprüche einzuleiten.

b. Wenn sich binnen der Edictal-Frist Jemand mit Ansprüchen auf ein Depositum meldet, ist das vorfordernde Gericht verpflichtet, dessen Legitimations-Urkunden dem k. k. Fiscalamte mitzutheilen, welches dieselben mit seinem Gutachten über die Rechtsbeständigkeit der Forderung begleitet, dem Gerichte zurückstellen wird.

Das Gericht hat sodann die Entscheidung ex officio nobili unter Vorbehalt des Recurses zu fällen, und solche dem k. k. Fiscalamte bekannt zu machen, damit diese zur Aufrechthaltung der landesfürstlichen Regalien berufenen Behörden das dem Cameral-Aerar vorbehaltene Recht der Einziehung erbloser oder herrenloser Güter geltend machen können.

c. Wenn sich innerhalb der Edictalfrist Niemand anmeldet, und wenn das Gericht selbst aus was immer für einem Grunde das Heimfallsrecht in Anspruch nimmt, so hat dasselbe ebenfalls die Anzeige an das k. k. Fiscalamt zu machen.

d. Sollte ein Gericht ein der Einziehung an das Cameral-Aerar unterliegendes Vermögen verschweigen, so hat dasselbe den dritten Theil des verschwiegenen Vermögens als Strafe zu erlegen, und dieser Betrag hat dem Anzeiger zuzukommen.

e. Uebrigens versteht es sich von selbst, daß durch diese Anordnung diejenigen Gerechtsamen keine Aenderung erleiden, die

aa. in Ansehung caduker Güter dem Criminalgerichte nach §. 519 1. Theils des Gesetzbuches über Verbrechen und schwere Polizey-Uebertretungen,

bb. den Erbpacht- und Erbzins-Herrn als Grundherrn nach §. 1149 des b. G. B. und nach dem Patente vom 30. December 1790 Z. 97 der Justiz-Gesetzsammlung, und

cc. anderen Personen aus besonderen Privilegien, oder endlich

dd. den Schuldnern aus dem Rechtsinstitut der Verjährung zu Statten kommen [1].

§. 761.

Abweichungen von der allgemeinen Erbfolgeordnung.

Die Abweichungen von der in diesem Hauptstücke bestimmten gesetzlichen Erbfolge in Rücksicht auf Bauerngüter und die Verlassenschaft geistlicher Personen sind in den politischen Gesetzen enthalten.

1) Die Natur und der Zweck der Güter der Geistlichkeit, so wie die Verhältnisse des Bauernstandes machen einige von der allgemeinen Erbfolgeordnung abweichende Bestimmungen nothwendig, oder doch wünschenswerth. Diese sind in den politischen Gesetzen enthalten und bestehen wesentlich in Folgendem:

2) Niemand kann zugleich zwey gestiftete Bauerngüter besitzen, und eben so wenig können die zu einem Bauerngute gehörigen Stift- oder sogenannten Hausgründe jemahls zerstücket werden. In dem Falle der gesetzlichen Erbfolge, und wenn nicht schon der Vater das Bauerngut einem Kinde nahmentlich zugedacht hätte, soll bey der Theilung zwischen mehreren Kindern, das Bauerngut allzeit dem ältesten Sohne, wenn die Grundobrigkeit gegen denselben keine gegründete Einwendung hat, sonst aber dem nächsten an ihm, und im Abgange eines Sohnes der älteren Tochter zugetheilt werden. Ob gesetzliche gegründete Bedenken gegen das zum Besitze berufene Kind eintreten, ist in jenen Fällen, wo den Gesetzen gemäß wegen Leibs- oder Gemüthsgebrechen, oder gegen unbesonnene Verschwender die Bestellung

1) Hofkanzl. Dec. vom 18. May 1825; P. G. S., 52. B., S. 93.

eines Curators Statt findet, von der Gerichtsbehörde, außerdem aber von der politischen Behörde zu erkennen. Wenn aber der überlebende Ehegatte, Mann oder Weib, schon in dem Miteigenthume des Bauerngutes steht, ist einem wie dem andern gestattet, auch den erledigten Theil, also das ganze Bauerngut an sich zu lösen. Wer das Bauerngut auf die obenbemerkte Art an sich bringet, ist schuldig, die Erben oder Miterben nach dem entweder durch gütliches Einverständniß oder ordentliche Schätzung bestimmten Werthe des Gutes zu befriedigen. — Im Falle der Schätzung ist der Werth mit Rücksicht auf alle Umstände dermaßen zu bestimmen, daß der eintretende Besitzer auf dem Gute wohl bestehen könne. Die Schätzmänner haben hierbey nicht nur die Eigenschaft und Beschwerden des Gutes, sondern auch ob der fundus instructus vorhanden sey oder nicht? — genau zu erwägen, und was aus der Mobilar-Verlassenschaft dazu gehöre, und unter dem Anschlage des Gutes zu verstehen sey, ausdrücklich zu bestimmen. — Wenn jedoch keines der erbnehmenden Geschwister oder Erbsparteyen dieses Gut um den ausgeworfenen Schätzungspreis übernehmen wollte, noch das Gut in Hinsicht auf Cultur und Unterhaltung zweyer Familien eine Zerstückung leidet, ist selbes einem mehrbiethenden Fremden kaufweise zu überlassen, und das hieraus erlöste Geld in die gemeinschaftliche Erbmasse zu werfen. — Wenn der Vater oder die Mutter nicht nur das Bauerngut einem Kinde nahmentlich zugedacht, sondern auch in einer letztwilligen Anordnung den Uebernehmungspreis des Gutes selbst bestimmt hätte, soll es dabey zu verbleiben haben; nur in dem Falle, wenn die Miterben erweisen zu können glauben, daß der ihnen nach den bestehenden Gesetzen gebührende Pflichttheil durch eine allzugroße Begünstigung des Besitzers geschmälert worden, muß auf ihr Verlangen die Schätzung des Gutes vorgenommen, nach dem dadurch bestimmten Werthe der Pflichttheil berechnet, und solcher ohne Abbruch jedem Miterben hinaus gegeben werden. Wenn der Vater oder die Mutter zwey besondere Bauerngüter, oder so viele zusammen gehörige, aber an sich trennbare Grundstücke hinterlassen hat, daß sie ohne Nachtheil der Cultur und der Unterhaltung zweyer Familien in zwey Bauerngüter

getheilt werden könnten, soll der älteste Sohn eines davon wählen, und das andere dem nächsten an ihm zugetheilt werden. — In einem solchen Falle ist auch dem überlebenden Ehegatten, wenn er in dem Miteigenthume beyder Bauerngüter oder sämmtlicher Grundstücke stehet, nur allein gestattet, eines von beyden Gütern zu wählen. — Wenn der Vater oder die Mutter nebst einem einzelnen Hause oder Bauerngute auch andere nicht dazu gehörige Grundstücke hinterlassen hat, die zwar an sich trennbar, jedoch zum Betrieb der Feldwirthschaft unumgänglich erforderlich sind, sollen solche ebenfalls dem eintretenden Besitzer zugetheilt werden. — Diesem stehet aber dann nicht mehr frey, einige von diesen Grundstücken zu veräußern, wenn er nicht eben so viel, als er veräußert, durch Kauf, Tausch oder auf andere Art wieder an sich bringt, und dem Bauerngute einverleibet. — Diese Anordnungen sind auch von jenen Einwohnern der Städte zu beobachten, die ein Gewerb treiben, das Bürgerrecht oder sonst einen Nahrungszweig haben, zugleich aber ein Bauerngut besitzen, welches sie wegen der nahen Lage selbst bauen können. — Ist der Besitzer eines Bauerngutes ohne Kinder verstorben, bey welchem nach oben angeführten Ursachen die Zerstückung nicht zulässig wäre, so bleibet der Willkühr der Erben überlassen, wem aus ihnen sie das Gut zutheilen, oder ob sie es veräußern wollen. Da, wo keine zusammenhängende geschlossene Bauerngüter bestehen, und wo die von den Aeltern hinterlassenen Grundstücke ohne Nachtheil ihrer Cultur unter alle Geschwister vertheilt werden können, ist das, was vorstehend von der Erbfolge in die Bauerngüter für den Fall, als die Aeltern nur ein einziges Bauerngut hinterlassen, gesagt worden ist, bloß in Ansehung der Häuser oder ihrer Zugehörung zu beobachten [1]).

3) Ueber die Vererbung der emphyteutischen Besitzungen, ob sie nach der gesetzlichen Erbfolge, oder nach den wegen der Erbfolge in die Bauerngüter bestehenden Gesetzen Statt finde, ist folgende Richtschnur festgesetzt worden: Wenn in dem emphy-

1) Patente vom 29. October 1799; J. G. S. Nr. 72, vom 4. Jänner 1793 Nr. 79, 19. April 1793; P. G. S., 2. B., S. 88, 9. October 1795; J. G. S. Nr. 252 und Hofdec. vom 21. Feb. 1816 Nr. 1212.

teutischen Contracte, welcher von dem Grundherrn mit dem Grundholden abgeschlossen wurde, bedungen worden ist, wie es mit der Uebertragung des Besitzes nach dem Tode des jeweiligen Besitzers gehalten werden solle, so hat der Contract allein die Richtschnur zu geben. Wenn aber in dem Contracte darüber keine Bestimmung enthalten ist, so ist bey allen einzelnen Grundstücken, und wo nicht eigens auf den emphyteutisch überlassenen Dominicalgründe nein neues Haus gestiftet worden, sich platterdings nach der gesetzlichen Erbfolge zu halten. Die gesetzliche Erbfolge hat zwar auch bey jenen emphyteutischen Besitzungen, wo mit den Dominicalgründen ein neues Haus und eine neue damit verbundene Wirthschaft gestiftet ist, einzutreten; doch mit der Beschränkung, daß dabey eine Zerstückung oder Vertheilung der Wirthschaft nicht Statt finden könne [1]).

4) In Ansehung der Intestat-Erbfolge nach Absterben eines Geistlichen ist Folgendes gesetzlich bestimmt:

Bey den Intestat-Verlassenschaften aller Weltpriester, aller Priester der aufgelassenen Klöster und aller in der Seelsorge oder bey einem öffentlichen Lehramte mit der Fähigkeit, zu testiren, lebenslang angestellten Ordenspriester tritt die Vertheilung ihrer Verlassenschaft in drey gleiche Theile ein, jedoch mit dem Unterschiede, daß von der Intestat-Verlassenschaft derjenigen, welche auf einem Beneficium, es sey curatum oder simplex, entweder durch canonische Investitur, oder durch ein über landesfürstliche Ernennung oder über Präsentation des Patrons ausgefertigtes Decret bleibend angestellt sind, also zwar, daß sie nur durch eigene Resignation oder durch einen über Vergehungen gefällten Spruch von ihrer geistlichen Anstellung entfernt werden können, ein Drittel der Kirche, ein Drittel den Armen, und ein Drittel den Verwandten zuzufallen habe. — Von den Intestat-Verlassenschaften derjenigen aber, welche bey keiner Kirche jemahls bleibend angestellt waren, sondern entweder vom Consistorium, wenn auch mit Decret, jedoch ad nutum amovibiles an eine Kirche abgeordnet, oder zur Aushülfe von dem Pfarrer bey-

1) Hofdec. vom 9. März 1798; J. G. S. Nr. 405.

gezogen worden sind, ist nur ein Drittel den Armen und zwey Drittel den Verwandten zuzuwenden. Zur ersten Classe gehören: Bischöfe, Domherren, Pfarrer, Local-Capläne (mit oder ohne Dependenz von der Mutterpfarre, wenn sie nur als bleibend bey der Localie angestellt sind), Beneficiaten, Chor-Vicarien, gestiftete Capelläne, die von dem Patrone auf die Capellaney präsentirt werden. Zur zweyten Classe gehören: Pfarrer, Cooperatoren, Provisoren, Administratoren, die nur auf einige Zeit die Pfründe zu verwalten haben, bey weltlichen Aemtern angestellte Priester, wenn sie nicht schon vor dieser letzten Anstellung zur ersten Classe gehörten, bloße Aushülfspriester, sogenannte Votivanten oder Messeleser. Wenn das Kirchen-Drittel eintritt, und der Erblasser bey einer Kirche, welche Filialen hatte, zuletzt angestellt war, diese Hauptkirche und Filialen aber unter verschiedenen Patronen oder Vogteyen standen, ist das Kirchen-Drittel nach dem Verhältnisse der Seelenmenge, die in dem Hauptorte oder in den Filialen ist, unter diese Kirchen zu theilen. War der Geistliche bey mehreren Kirchen angestellt, so gebührt der Antheil derjenigen Kirche, wo der Verstorbene zuletzt bepfründet war, wenn er auch an einem anderen Orte im Ruhestande, oder aus einer anderen Ursache zur Zeit seines Todes gewesen seyn sollte. — Das Armen-Drittel gehört ebenfalls in das Armen-Institut des Ortes, wohin das Kirchen-Drittel gehört, und falls in den Filialien eigene Armen-Institute bestehen, ist dieses Drittel nach obigem Verhältnisse zu vertheilen. In Intestat-Fällen, wo kein Kirchen-Drittel Statt hat, fällt das Armen-Drittel den Armen des Ortes zu, wo der Erblasser gestorben ist [1]). Wenn die nächsten Verwandten des Erblassers selbst arm wären, so fällt ihnen ebenfalls das den Armen gebührende Drittel zu, worüber jedoch lediglich den politischen Behörde das Erkenntniß zusteht. Sind unter diesen Verwandten auch Vermögliche begriffen, so haben diese keinen Anspruch auf dieses den Armen vom Gesetze zugedachte Drittel, die unvermöglichen Verwandten können aber ebenfalls von diesem

1) Hofkanzl. Dec. vom 17. Sept. 1807 und Justizhofd. vom 27. Novem. 1807; J. G. S. Nr. 828; dann Hofkanzl. Dec. vom 6. Jänner 1792; J. G. S. Nr. 259.

Drittel nur so viel sich zuwenden, als ihnen nach der gemeinen gesetzlichen Erbfolge zugefallen wäre [1]). — Diese Vorschriften sind auch in Beziehung auf den griechisch-unirten Clerus vom höheren Range, in so weit er unverehelichet ist, anwendbar [2]). Wenn die nach aufgehobenem Orden in den Weltpriesterstand übergetretenen Geistlichen und die Nonnen und Laienbrüder der aufgehobenen Klöster keine letztwillige Anordnungen, oder selbe zu Gunsten auswärtiger Unterthanen errichtet hätten, so greift die gesetzliche Erbfolge Platz, und wenn von den durch die gesetzliche Erbfolge berufenen Verwandten Niemand in den k. k. Ländern wohnt, fällt die Erbschaft dem Fiscus zu [3]). Wenn sich zur Verlassenschaft eines Pastors helvetischer Confession nach vorläufig ordnungsmäßiger Einberufung keine zur gesetzlichen Erbfolge geeigneten Verwandten des Verstorbenen melden, so ist von Fall zu Fall mit der Bemerkung des eigentlichen Betrags der Verlassenschaft die Anzeige zu erstatten [4]). Die Verlassenschaften jener Geistlichen und besonders der Ex-Jesuiten, welche aus dem ungarischen Studienfonde besoldet oder pensionirt sind, und ohne Testament sterben, werden nach den in Ungarn bestehenden Normalien in drey Theile vertheilt, und hiervon zwey dem ungarischen Studienfonde, der dritte aber den Verwandten des Erblassers bis auf den zehnten Grad, in deren Ermangelung aber dem königlichen Fiscus zugewiesen. In dem Falle also, daß in den deutschen Erblanden ein solcher aus dem ungarischen Studienfond bezahlter Geistlicher ohne letztwillige Anordnung sterben sollte, wäre sich bey Abhandlung seiner Verlassenschaft in Bezug auf das in Ungarn gelegene Vermögen desselben hiernach zu benehmen, das in den deutschen Provinzen befindliche Vermögen eines solchen Exreligiosen ist aber, wenn er ohne Testament stirbt, sey es beweglich oder unbeweglich, gleichfalls in drey Theile zu theilen, wovon jedoch nur ein Theil dem ungarischen Fonde, aus dem der Ver-

1) Hofkanzl. Dec. vom 6. Jänner 1792; J. G. S. Nr. 259. Hofdec. 23. August 1793; Nr. 370, und Hofkanzl. Dec. vom 16. Sept. 1824; J. G. S. Nr. 2040.
2) Hofdec. vom 17. October 1793; J. G. S. Nr. 434.
3) Hofdec. vom 6. Nov. 1725; J. G. S. Nr. 593.
4) Hofdec. vom 21. Sept. 1797; J. G. S. Nr. 376.

sterbene seine Pension bezog, der andere Theil den Anverwandten, und endlich der dritte Theil den Armen, oder wenn die Verwandten selbst zu den wahrhaft Armen gehören, ebenfalls den Verwandten zuzuwenden ist. — Das Vermögen solcher Religiosen aber, welche einem in Ungarn bestehenden Kloster ihres Ordens, von dem sie den Unterhalt hätten ansprechen können, noch wirklich angehörten, ist, so fern es sich in den deutschen Provinzen befindet, dem Kloster, das es betrifft, auszufolgen [1]).

5) Der gegenwärtige §. hat in dem lombardisch-venetianischen Königreiche keine Anwendung [2]).

---

1) Hofdec. vom 10. Juny 1801; J. G. S. Nr. 530 und 26. Jänner 1810; Nr. 892.

2) Hofk. Dec. vom 2. Sept. 1819. Siehe Winniwarters Handbuch 2. B. S. 232.

Vierzehntes Hauptstück.

Von dem Pflichttheile und der Anrechnung in den Pflicht- oder Erbtheil.

§. 762.

Welchen Personen als Notherben ein Pflichttheil gebühre?

Die Personen, welche der Erblasser in der letzten Anordnung mit einem Erbtheile bedenken muß, sind seine Kinder; und in deren Ermangelung seine Aeltern.

§. 763.

Unter dem Nahmen Kinder werden nach der allgemeinen Regel (§. 42) auch Enkel und Urenkel; und unter dem Nahmen Aeltern alle Großältern begriffen. Es findet hier zwischen dem männlichen und weiblichen Geschlechte, zwischen ehelicher und unehelicher Geburt kein Unterschied Statt, sobald für diese Personen das Recht und die Ordnung der gesetzlichen Erbfolge eintreten würde.

1) Da das Rechtsinstitut des Pflichttheiles, so wie das Erbrecht überhaupt positiver Natur ist, so können auch die dießfälligen Grundbestimmungen nicht aus dem Naturrechte, sondern nur aus der Politik der Gesetzgebung hergeleitet werden. — Darum scheint es auch zweckdienlich, auf den Ursprung dieses Rechtsinstitutes zurück zu gehen. Die Römer hatten anfangs die Erbschaften ganz von dem Willen des Eigenthümers in der Art abhängig gemacht, daß nur derjenige, den der Eigenthümer bestimmte, einen Nachlaß des Erblassers in Empfang nehmen konnte. — Allein sehr bald entstand der Satz, daß Kinder, die man schon in seiner Gewalt hatte, oder welche nachher noch hineinkommen, oder hineingekommen wären, wenn man länger ge-

lebt hätte (liberi et posthumi), wenigstens ausdrücklich ausgeschlossen werden mußten. Dagegen war schon bey den Griechen nach den Gesetzen des Solons nur denjenigen erlaubt, ein Testament zu machen, welche keine Kinder hatten. — Aber auch die Römer gingen von dem aufgestellten Satze, daß nur der Wille des Testators gelten solle, mit der Zeit ab, weil sie sahen, daß diese den Testatoren eingeräumte Freyheit in grobe Mißbräuche ausarte, da es Väter gab, welche die natürliche Liebe zu ihren Kindern, welche die Gesetzgeber doch immer voraussetzten, so sehr verläugneten, daß sie selbe oftmahls ohne alle Ursache enterbten; sie sahen ein solches Benehmen nicht nur für sehr unbillig, sondern selbst für unsinnig an, und räumten anfangs den Kindern, dann aber den Aeltern und Geschwistern das Recht ein, ein solches Testament als ungültig anzufechten, wenn ihnen nicht wenigstens ein gewisser Theil der Güter „Pflichttheil" genannt, hinterlassen würde. Der Zweck der Einführung des Pflichttheiles bey den Römern war also kein anderer, als der: die Rechte des Eigenthümers zu Gunsten gewisser Personen zu beschränken. Das bereits bey den Römern eingeführte Rechtsinstitut des Pflichttheiles ist nun auch von der österreichischen Gesetzgebung beybehalten worden, und obschon dieselbe über den Pflichttheil ganz abweichende Bestimmungen von dem römischen Rechte enthält, so ist doch der oben angegebene Zweck geblieben [1]).

2) Zur klaren und richtigen Auffassung der über den Pflichttheil in dem Gesetzbuche vorkommenden einzelnen Bestimmungen scheinet die Lösung der Frage von Wichtigkeit zu seyn: von welchen Gründen der Gesetzgeber bey Bestimmung eines Pflichttheiles geleitet worden sey? — Herr Hofrath v. Zeiller gibt diesen Grund in den einzelnen Paragraphen nicht ganz gleichför-

1) Siehe Gesetzbuch für Westgallizien, 2. Th., §. 563. Ungeachtet dieses Gesetzbuch, als Entwurf des gegenwärtigen, diesen Zweck deutlich ausspricht, so ist derselbe doch in der neuesten Zeit (Czada über den Pflichttheil S. 206) angefochten worden; der Grund der Anfechtung liegt aber offenbar darin, daß man den gehörigen Unterschied zwischen dem unmittelbaren Zweck, der jedem Gesetze zum Grunde liegt, und dem entfernteren Zwecke, der dadurch im Allgemeinen realisirt werden soll, nicht zu machen wußte.

mig an. Er sagt nähmlich bey Erläuterung des §. 770: „Der Grund, aus dem das Gesetz die Familienglieder zur Erbfolge, und insbesondere die Notherben zum Pflichttheile beruft, liegt in der Familieneinheit, und in der Absicht, daß das Vermögen in der Familie verbleiben, und hierdurch das Andenken, das Ansehen, die Würde derselben erhalten und fortgepflanzt werden soll." Bey Erläuterung des §. 764 aber sagt er: „Die Gründe, aus denen das Gesetz den Kindern und Aeltern einen Pflichttheil zuerkennt, lassen sich aus dem abnehmen, was über ihr wechselseitiges Verhältniß in dem Personenrechte oben (§§. 137, 154, 162, 168 und 183) gesagt worden ist." Und am Eingange des nähmlichen §. sagt derselbe: „So sehr auch unsere liberale Gesetzgebung, wie die ganze Lehre vom Eigenthums- und Erbrechte bewährt, die Freyheit des Eigenthümers über sein Vermögen und seinen Nachlaß zu verfügen begünstiget, so kann sie selbe doch nicht in einen solchen Mißbrauch ausarten lassen, welcher der lauten Stimme der Natur, und dem allgemeinen Wohle widerstriete." Daher fanden sich Einige auch veranlaßt, die vernünftigen Wesen geziemende Beachtung der lauten Stimme der Natur, und die Berücksichtigung des allgemeinen Besten als den eigentlichen Beweggrund und Endzweck zu erklären, denen die Notherben in den österreichischen Staaten ihre dießfälligen Rechte verdanken[1]). Diese v. Zeiller angegebenen verschiedenartigen Gründe stehen unter sich keineswegs im Widerspruche, und der österreichische Gesetzgeber konnte daher bey Einführung des Rechtsinstitutes des Pflichttheiles alle diese Gründe berücksichtiget haben. — Jedoch ist nur immer ein Grund als der vorzüglichste anzusehen, und der vorzüglichste Grund ist immer derjenige, welcher permanent ist, und auch dann noch bestehet, wenn die anderen Gründe zu existiren aufgehört haben. Daß nun dieser Hauptgrund nicht in dem liegen könne, was in dem dritten Hauptstücke des Gesetzbuches über das wechselseitige Verhältniß der Aeltern und Kinder gesagt worden ist, habe ich in den Materialien des Herrn Vicepräsidenten Ritter von Pratobevera[2]) und in meiner Abhand-

1) Siehe obige Abhandlung S. 207 — 208.
2) 6. Band, S. 272 u. 273.

lung über den Pflichttheil [1]) darzuthun versucht, und meines Wissens haben meine Gründe noch keinen Widerleger gefunden [2]). Was den angeführten Grund, nähmlich die Berücksichtigung des allgemeinen Besten, betrifft, so muß wohl in entfernterer Beziehung der Gesetzgeber bey jedem Gesetze darauf Rücksicht nehmen; in nächster Beziehung kann man aber wohl nicht behaupten, daß durch die Hinterlassung des Pflichttheiles das allgemeine Beste befördert werde; das Nähmliche ist von dem mehr metaphorischen, als juridischen Ausdrucke: „der Beachtung der lauten Stimme der Natur" zu behaupten, welche wohl in einzelnen Fällen ganz leise, in manchen sogar für das Gegentheil spricht [3]). Der von Zeiller angeführte Grund der Familieneinheit, nach welcher das Vermögen der Aeltern und Kinder in gewisser Beziehung als ein gemeinschaftliches angesehen wird, ist aber bleibend, und jeder Fall, in welchem der Erblasser zur Hinterlassung eines Pflichttheiles nach österreichischen Gesetzen verbunden ist, läßt sich aus dieser Grundansicht, die auch den Römern nicht fremd gewesen ist, und für welche rechtsphilosophische Gründe streiten, befriedigend erklären [4]). Nur muß man sich von dieser Gemeinschaft keinen so materiellen Begriff machen, daß dabey die Bestimmungen des 16. Hauptstückes des Gesetzbuches in Anwendung gebracht werden könnten, und dieser Gemeinschaft keine ausdehnendere Wirkung zuschreiben wollen, als der Gesetzgeber selbst in der Lehre von dem Pflichttheile und den Schenkungen damit in Verbindung setzte, und sich überhaupt vor Augen halten, daß die Wirkungen dieser beschränkten Gemeinschaft nur nach dem Tode des Erblassers eintreten.

3) Am Eingange der Bestimmungen des Gesetzes über den Pflichttheil wird nun die Frage beantwortet, welche Personen auf einen Pflichttheil einen Anspruch zu machen haben? Das

---

1) S. 5 — 6.

2) Angefochten, ohne Anführung von Gegengründen, sind sie allerdings geworden, durch Hrn. Dr. Ezada in seiner Abhandlung über den Pflichttheil S. 206.

3) Man sehe das von Hrn. Dr. Ezada in seiner Abhandlung angeführte erste Beyspiel, wo die laute Stimme der Natur mehr zu Gunsten der Freyheit des Erblassers redet.

4) Siehe meine Abhandlung über den Pflichttheil §. 3.

Gesetz sagt: diese Personen seyen vor allen die Kinder, und in Ermangelung deren die Aeltern des Erblassers. Nach der in dem folgenden §. gegebenen weiteren Erklärung haben daher das Recht, einen Pflichttheil zu fordern: a) die eheleiblichen Kinder, (im ausgedehnteren Sinne dieses Ausdruckes (§. 42)), in Bezug auf ihre beyden Aeltern, von denen sie abstammen (§§. 732 — 745); b) die unehelichen Kinder in Bezug auf ihre Mutter (§. 754); c) diejenigen, welche von ihren Aeltern auf eine der in den §§. 160 — 162 verzeichneten Arten legitimirt worden sind, endlich d) die Wahlkinder.

4) Es entsteht die Frage: ob das eheliche Kind eines unehelichen Kindes zweyer, erst nach dem Tode des letzteren verehelichten Personen, einen Pflichttheil ansprechen könne? — Die Beantwortung dieser Frage hängt, wie schon v. Scheidlein in seinen Miszellen, 2. Heft, §. 12, bemerkt, von der Beantwortung der Vorfrage ab, ob die ehelichen Nachkommen eines unehelichen Kindes in dem Falle unter die ehelich-erzeugten gerechnet werden, wenn ihre Großältern sich erst nach dem Tode ihres unehelichen Kindes verheirathet haben? — Da ich nunmehr diese Frage bey Erläuterung des §. 161 verneinend beantwortet habe, so muß eine gleiche Beantwortung auch in Ansehung der im Eingange dieses 6. Punctes gestellten Frage erfolgen.

5) Da in diesen hier zu erläutern versuchten Paragraphen von den Wahlkindern keine ausdrückliche Erwähnung geschieht, so gehört die Frage: ob Wahlkinder einen Pflichttheil zu fordern haben, unter die Streitfragen. Im Allgemeinen spricht für die bejahende Beantwortung dieser Frage, daß der Gesetzgeber §. 183 überhaupt die Regel aufstelle, daß zwischen den Wahlältern und den Wahlkindern sammt deren Nachkommen, in so weit das Gesetz keine Ausnahme macht, gleiche Rechte, wie zwischen ehelichen Aeltern und Kindern Statt finden, und daß der §. 755 den Wahlkindern überhaupt ein gleiches gesetzliches Erbrecht, wie den ehelichen Kindern in das freyvererbliche Vermögen der Wahlältern einräumet. In Beziehung auf die sich dieser Bemerkung entgegenstellenden Gründe und deren Beantwortung glaube ich mich hier kurz auf meine Abhandlung über den Pflichttheil (S. 10

— 17) beziehen zu dürfen. Nur eine neuerliche gegen die bejahende Beantwortung dieser Frage vorgebrachte Einwendung, welche in meiner Abhandlung noch nicht berührt worden ist, glaube ich hier einer Untersuchung unterziehen zu müssen. Man sagt nähmlich [1]): Der §. 763 erkläre ausdrücklich, daß unter Kinder (in dem Hauptstücke von dem Pflichttheile) nach der Regel des §. 42 Enkel u. s. w., folglich immer nur Verwandte begriffen seyen. Die Annahme an Kindesstatt begründe aber keine Verwandtschaft. Nach diesem §. können also Wahlkinder keinen Pflichttheil ansprechen, und dieses sey eben eine von dem Gesetze gemachte Ausnahme, worauf der §. 183 aufmerksam macht. Dagegen ist aber Folgendes in Erwägung zu ziehen: Es kann nicht in Abrede gestellt werden, daß der Gesetzgeber jeden Zweifel in dieser Sache dadurch hätte entfernen können, wenn er in dem §. 763 auch von den Wahlkindern eine Erwähnung gemacht hätte. — Allein aus dem Umstande, daß er es nicht gethan hat, läßt sich keineswegs schon folgern, daß er es absichtlich aus der Ursache vermieden habe, weil er die Wahlkinder, denen er sonst gleiche Rechte, wie den ehelichen Kindern, einräumte, von dem Rechte, einen Pflichttheil zu fordern, habe ausnehmen wollen. Man muß vielmehr voraussetzen, daß derselbe, nachdem er die Wahlkinder und die ehelichen Kinder überhaupt gleich gestellt hat, hier, wenn eine Ausnahme von der Regel in seiner Absicht gelegen wäre, um so mehr davon Erwähnung gemacht haben würde, als die Folgerung natürlich war, daß man sich sonst in der Praxis nach der allgemeinen Regel benehmen würde. Es liegt überhaupt in dem Geiste unseres Gesetzbuches, daß man bey einer einmahl festgestellten Regel die Wiederhohlung derselben bey den einzelnen Fällen zu vermeiden suchte. Daß der Gesetzgeber von den Enkeln und Urenkeln eine ausdrückliche Erwähnung machte, scheint lediglich der Beschränkung wegen geschehen zu seyn, welche er am Ende des §. 763 anfügt, daß nähmlich diese nur in so fern auf einen Pflichttheil einen Anspruch zu machen haben, als sie an der Reihe der ge-

1) Siehe Wag. Zeitschrift 1828. VIII. H. N. B. S. 364 — 366.

setzlichen Erbfolge sind. Der Gesetzgeber hat sich hier ausdrücklich auf die Regel des §. 42 bezogen, und eben dadurch angedeutet, daß er in Bezug auf den Pflichttheil von den bereits gegebenen allgemeinen Grundsätzen nicht abweichen wollte.

6) Enkel von noch lebenden Kindern, und Urenkel von noch lebenden Enkeln haben kein Recht zur Erbfolge (§. 732), folglich auch kein Recht auf den Pflichttheil. Ist aber ein Kind des Erblassers vor ihm verstorben, und sind von demselben ein oder mehrere Enkel vorhanden, so fällt der Pflichttheil, welcher dem verstorbenen Kinde gebührt hätte, diesem nachgelassenen Enkel ganz, oder den mehreren Enkeln zu gleichen Theilen zu. Ist von diesen Enkeln ebenfalls einer verstorben, und hat Urenkel hinterlassen, so wird auf die nähmliche Art der Antheil unter die Urenkel vertheilt. — Sind von einem Erblasser noch entferntere Nachkömmlinge vorhanden, so wird die Theilung verhältnißmäßig nach der oben gegebenen Vorschrift vorgenommen. Denn in eben dem Verhältnisse, als entferntere Descendenten zur gesetzlichen Erbfolge berufen sind, gebührt ihnen auch der Pflichttheil. Aus dieser Bemerkung erhellet zugleich, daß entferntere Descendenten den Pflichttheil nur aus dem Vorstellungsrechte ihrer Aeltern anzusprechen haben [1]).

7) Sind keine Kinder oder Enkel vorhanden, so treten die Aeltern in das Recht ein, einen Pflichttheil zu fordern, und so, wie unter der Benennung „Kinder" alle Descendenten begriffen werden, so werden hier unter der Benennung „Aeltern" nach der allgemeinen Regel des §. 42 alle Ascendenten verstanden, denen ein gesetzliches Erbrecht auf den Nachlaß ihrer Nachkommen zusteht. Es gehören sohin hierher: a) Alle Aeltern, Großältern, Urgroßältern u. s. w., in Bezug auf den Nachlaß ihrer ehelichen Kinder, Enkel, Urenkel u. s. w. b) Die Mutter in Ansehung des Nachlasses ihres unehelichen Kindes, und c) jene Aeltern, deren Kinder in der Folge auf die in dem Gesetzbuche §§. 160

1) Die dagegen vorgebrachten Gründe habe ich in meiner Abhandlung über den Pflichttheil umständlich angeführt, und zu widerlegen gesucht. §. 11. Uebrigens gereicht es mir zum wahren Vergnügen, daß auch Herr Professor Schuster diese Ansicht mit mir theilet, und selbe mit ähnlichen Gründen vertheidiget hat. Siehe Wagn. Zeitschrift 1831. IX. Heft, S. 135 — 138.

— 162 erwähnte Art legitimirt worden sind, in Ansehung des Nachlasses der letzteren. Dagegen sind hier die Wahlältern von dem Rechte, aus dem Nachlasse ihrer Wahlkinder einen Pflichttheil zu fordern, ausgeschlossen, weil die Wahlältern überhaupt kein gesetzliches Erbrecht auf die Verlassenschaft ihres Wahlkindes haben (§. 756).

8) Bisher wurde von den Personen gehandelt, welche auf einen Pflichttheil einen Anspruch zu machen haben; nun entsteht die Frage: wann sie einen Pflichttheil zu fordern haben? — Diese Frage ist hier dahin beantwortet, daß diese Personen in allen jenen Fällen darauf einen Anspruch zu machen haben, sobald für dieselben das Recht und die Ordnung der gesetzlichen Erbfolge eintreten würde, welches nichts anders sagen will, als daß diesen Personen das Recht auf einen Pflichttheil dazumahl zustehe, wenn sie in dem Falle, als keine letzte Willens-Erklärung vorhanden wäre, vermög dem Gesetze zur Erbschaft gelangt seyn würden. Daraus folgt:

a. Daß das Recht, einen Pflichttheil zu fordern, nur bey dem wirklichen, oder dem gewöhnlich so betitelten bürgerlichen Tode (§. 536) Platz greifen könne, weil nur in diesen Fällen von einer Erbfolge die Rede seyn kann. Zu diesem sogenannten bürgerlichen Tode rechne ich aber lediglich jene Fälle, wo Jemand wegen Auswanderung oder Desertion seiner bürgerlichen Rechte verlustig erklärt wird, oder in einen geistlichen Orden tritt und die Profeß ablegt; ferner

b. daß, so lange nähere Descendenten vorhanden sind, denen ein Pflichttheil gebühret, die entfernteren darauf keinen Anspruch zu machen haben, welche Regel auch in Ansehung der Ascendenten gilt, die überhaupt in so lange kein Recht auf einen Pflichttheil haben, als erbfähige Descendenten vorhanden sind, und

c. daß in dem Falle, als der Erblasser nebst seinen Großältern auch Geschwister hinterläßt, er mit seinem Vermögen ganz frey schalten könne, ohne seinen Verwandten einen Erbtheil hinterlassen zu müssen; denn die Geschwister haben überhaupt nicht das Recht einen Pflichttheil zu fordern, und für die Großältern tritt im gegenwärtigen Falle das Recht der gesetzlichen Erbfolge nicht ein.

9) Was wäre aber in dem Falle Rechtens, wenn die letzte Anordnung, worin der Erblasser einen Dritten als Universalerben eingesetzt hat, noch bey Lebzeiten seiner Geschwister errichtet worden wäre? — Man könnte glauben, daß das Testament in diesem Falle ganz aufrecht zu bestehen habe; denn der Erblasser hatte das Testament zu einem Zeitpuncte errichtet, wo seine Großältern keinen Anspruch auf einen Pflichttheil zu machen hatten; es scheint sohin der letzte Wille zur Zeit seiner Erklärung vollkommen rechtskräftig gewesen zu seyn, da in dem Falle, als der Erblasser in diesem Zeitraume gestorben wäre, der Erfüllung desselben kein Hinderniß im Wege gestanden wäre. — Nun sagt aber der §. 575, daß ein rechtskräftig erklärter letzter Wille durch später eintretende Hindernisse seine Gültigkeit nicht verlieren könne. — Allein die §§. 762 u. 763) verbinden den Erblasser, den Großältern für den Fall, als für sie das Recht und die Ordnung der gesetzlichen Erbfolge eintritt, den Pflichttheil zu hinterlassen; es liegt daher der erwähnten letztwilligen Disposition, in so fern sie als vollkommen rechtsgültig angesehen wird, immer stillschweigend die Bedingung zum Grunde, daß bey dem Ableben des Erblassers den Großältern das Recht der gesetzlichen Erbfolge nicht zustehe.

10) Bey der Frage, in welchen Fällen den Notherben der Anspruch auf einen Pflichttheil zustehe, entsteht der Zweifel, ob dieses Recht auch den Aeltern des Erblassers in dem Falle zukomme, wenn ein erbunfähiges Kind desselben vorhanden ist? — Herr Dr. v. Scheidlein beantwortet diese Frage in seinen Miscellen (2. Heft §§. 3—5) verneinend; mir aber scheint sie durch die gegenwärtigen §§. bejahend beantwortet zu seyn; denn der §. 762 enthält, daß die Aeltern in Ermangelung der Kinder auf einen Pflichttheil Anspruch haben, und der §. 763 erklärt, welche Personen der Erblasser unter der Benennung „Kinder und Aeltern" hier verstanden habe. — Dieser §. sagt aber zugleich, daß unter dem Nahmen „Kinder" alle jene Descendenten, und unter dem Nahmen „Aeltern" alle jene Ascendenten des Erblassers verstanden werden, welche nach der gesetzlichen Erbfolge, d. i., wenn der Erblasser kein Testament errichtete, denselben beerben würden. — Wenn man sohin den §. 762 nach dem Sinne des §. 763 ge-

hörig umschreibt, so muß man ihn so textiren: Die Personen, welche der Erblasser in der letzten Anordnung mit einem Erbtheile bedenken muß, sind seine Descendenten, welche bey dem Nichtvorhandenseyn einer letztwilligen Anordnung ihn beerben würden, und in Ermangelung solcher Descendenten, die im gleichen Falle sich befindlichen Ascendenten. Diese hier nach dem buchstäblichen Sinne des §. 763 geschehene Umschreibung der erwähnten Gesetzesstelle wird auch noch durch die Betrachtung gerechtfertiget, daß der unmittelbare Zweck des Gesetzgebers bey Festsetzung des Pflichttheiles einzig der ist, eine bestimmte Classe der gesetzlichen Erben vor der ungebundenen Willkühr des Erblassers zu schützen, und ihnen wenigstens einen Theil jener Erbschaft zu sichern, die ihnen vermög des Gesetzes selbst zugefallen seyn würde. — Aus diesem folgt nun, daß, wenn der verstorbene Vater eines unehelichen Kindes Aeltern hinterläßt, diese den Pflichttheil zu fordern haben, weil für sie in diesem Falle das Recht und die Ordnung der gesetzlichen Erbfolge eintreten würde; ferner, daß, wenn der Erblasser ein einziges Kind hinterläßt, welches zu erben unfähig ist, z. B. einen Ordensgeistlichen, ebenfalls die Aeltern des Erblassers den Pflichttheil zu fordern berechtiget seyen, weil hier wieder der Fall eintritt, daß keine Descendenten des Erblassers vorhanden sind, welche ihn im Falle der gesetzlichen Erbfolge beerben würden [1]). Dasselbe läßt sich behaupten, wenn ein Kind sich nach den §§. 540 u. 542 des Erbrechtes unwürdig gemacht hat; denn auch in diesem Falle würden bey der gesetzlichen Erbfolge nicht das unwürdige Kind (außer dem Falle der Verzeihung), sondern die Aeltern zur Erbschaft gelangen, daher wird auch ein solches Kind so angesehen, als ob es gar nicht vorhanden wäre.

11) Der §. 762 bedient sich des Ausdruckes, daß der Erblasser seine Kinder und in deren Ermangelung seine Aeltern mit einem Pflichttheile bedenken müsse. Aus diesem Ausdrucke könnte man versucht werden zu schließen, daß der Pflichttheil den Notherben in einer

1) Man sehe meine Abhandlung über den Pflichttheil §. 19., wo diese Behauptung noch ausführlicher begründet ist.

förmlichen letztwilligen Anordnung, und mittelst einer ausdrücklichen, insbesondere darauf gerichteten Erklärung hinterlassen werden müsse. Allein eine solche Deutung wäre der klar vorliegenden Absicht des höchsten Gesetzgebers entgegen, welche lediglich dahin geht, daß der Notherbe denjenigen Erbtheil, welcher ihm als Pflichttheil gebühret, gleichviel, wie auf was Weise, erhalte (§. 774). Setzen wir den Fall: Ein Erblasser, welcher Kinder hinterläßt, setze einen Dritten zur Hälfte seines Vermögens als Erben ein, ohne von seinen Kindern eine Erwähnung zu machen. — In einem solchen Falle könnte man höchstens sagen, er habe seine Kinder mit Stillschweigen übergangen. — Kinder aber, welche mit Stillschweigen übergangen sind, können der Regel nach nichts mehr als den Pflichttheil in Anspruch nehmen (§. 776). Es ist sohin gleichgültig, ob der Erblasser seinem Notherben den Pflichttheil ausdrücklich oder stillschweigend hinterläßt.

§. 764.

Der Erbtheil, welchen diese Personen zu fordern berechtiget sind, heißt: Pflichttheil; sie selbst werden in dieser Rücksicht Notherben genannt.

In diesem §. gibt das Gesetz die Erklärung, was es unter Pflichttheil und unter Notherben verstehe, welche Erklärung aber nur in Verbindung mit den vorhergehenden beyden §§. einen klaren Begriff dessen gibt, was man sich unter dem Ausdruck „Pflichttheil" und unter der Benennung „Notherbe" vorzustellen habe. Eine eigentliche Definition hat somit der höchste Gesetzgeber in diesem §. nicht gegeben, und nicht geben wollen, wie die ganze Form dieses §. deutlich anzeiget. Wenn man daher eine Definition des Pflichttheiles geben will, so kann diese nur dann richtig ausfallen, wenn man auch auf die in den vorhergehenden §§. ausgesprochenen gesetzlichen Bestimmungen gehörige Rücksicht nimmt. Betrachtet man aber die Erklärung dieses §. in Verbindung mit den beyden vorhergehenden, dann dem §. 951, so läßt sich folgende, nach meiner Ansicht, richtige und vollständige Definition eines Pflichttheiles aufstellen: Pflichttheil ist jener bestimmte Theil des gewissen Personen aus der gesetzlichen

Erbfolge zustehenden Erbtheiles, welcher ihnen von dem Erblasser nicht entzogen werden kann. Es wäre zur deutlichen Bezeichnung dieses Begriffes nicht genug, wenn man überhaupt sagen wollte, Pflichttheil ist derjenige Erbtheil u. s. w.; denn bey den Griechen mußten, wie bereits erwähnt worden ist, die Aeltern ihren Kindern gleichfalls einen Erbtheil (nähmlich den ganzen, der sie nach der Intestat-Erbfolge getroffen hat,) überlassen, und doch kannten diese das Rechts-Institut des Pflichttheiles nicht. Die Benennung „Pflichttheil" ist erst in späteren Zeiten bey den Römern entstanden, und es sollte durch den Ausdruck „portio legitima" eben der Umstand herausgehoben und bezeichnet werden, daß der Erblasser seinem Notherben nicht den ganzen ihm aus der Intestat-Erbfolge zustehenden Erbtheil, sondern nur einen Theil desselben zu hinterlassen verbunden sey, und ihm sohin immer ein Theil zur freyen Disposition erübrige [1]). — Durch die Bezeichnung, daß der Pflichttheil ein Theil des dem Notherben aus der gesetzlichen Erbfolge zustehenden Erbtheiles sey, unterscheidet sich der Pflichttheil von demjenigen Erbtheile, welcher Jemanden aus einem Erbvertrage gebührt; denn auch diesen muß der Erblasser dem Vertragserben hinterlassen, und durch den Ausdruck, welcher ihnen von dem Erblasser nicht entzogen werden kann, von jedem anderen einer Person durch Testament zugedachten, oder aus der gesetzlichen Erbfolge zuständigem Erbtheile, welcher von dem Erblasser widerrufen oder überhaupt benommen werden kann. Da es übrigens für den Begriff des Pflichttheiles gleichgültig ist, welchen Personen das Gesetz einen Anspruch hierauf zuerkennt, ebenso in welchem Betrage derselbe bestehe, so kann bey der Definition des Pflichttheiles auch in eine Bezeichnung der Personen, denen ein solcher gebührt, und welche in dieser Hinsicht „Notherben" genannt werden, nicht eingelassen werden, und eben so wenig kann aus dem gleichen Grunde darin ausgedrückt werden, welchen Theil der Erbschaft das Gesetz als Pflichttheil bestimmt habe. — Daß ich mich aber bey dieser

1) Legitima est portio portionis ab intestato debitae sagen die Civilisten.

Definition nicht des affirmativen Ausdruckes des Gesetzbuches „mit einem Erbtheile bedenken muß" bedienet habe, geschah eben darum, um dadurch das Mißverständniß zu vermeiden, als ob eine Anordnung, in welcher der Erblasser die Notherben nicht ausdrücklich mit einem Erbtheile bedacht hat, ungültig sey.

§. 765.

In welchem Betrage der Pflichttheil gebühre.

Als Pflichttheil bestimmt das Gesetz jedem Kinde die Hälfte dessen, was ihm nach der gesetzlichen Erbfolge zugefallen wäre.

1) Die Bestimmung der Größe des Pflichttheiles ist, wie Herr Hofrath von Zeiller bemerkt, eine positive (willkührliche) Bestimmung, bey der jedoch auf einen gerechten und billigen Maßstab gesehen werden muß, so, daß einerseits der Anspruch, den die Notherben auf eine Verlassenschaft haben, gehörig gewürdiget, und andererseits die Freyheit des Erblassers, über seinen Nachlaß zu verfügen, und ihn nach Maß der Bedürfnisse, oder der Verdienste, welche für einige Notherben vor den übrigen, oder auch für andere Personen das Wort führen, billig zu vertheilen, nicht zu sehr beschränkt werde.

2) Obschon ohne Zweifel alle positiven Gesetzgebungen bey Bestimmung des Betrages, welchen ein Notherbe als Pflichttheil erhalten soll, von der nähmlichen Ansicht ausgegangen sind, so herrscht in dieser Hinsicht doch zwischen ihnen viele Verschiedenheit. Der österreichische Gesetzgeber bestimmt jedem Kinde (ohne Unterschied des Geschlechts und der Anzahl derselben, auf welche das römische Recht, dann das französische und preußische Gesetzbuch Rücksicht genommen haben,) die Hälfte dessen, was ihm nach der gesetzlichen Erbfolge zugefallen wäre. Daß dieses auch von den bereits empfangenen, jedoch noch ungebornen Kindern, in der Voraussetzung, daß sie in der Folge lebend zur Welt kommen, gelte, versteht sich aus der Anordnung des §. 22 von selbst.

3) Da ein bloßes Codicill noch keineswegs die testamentarische Erbfolge begründet, so könnte es scheinen, daß, wenn ein Codicill vorhanden ist, der Pflichttheil für die Kinder nur die

Hälfte dessen betrage, was denselben nach Abschlag der vermög des Codicills zu machenden Leistungen als Intestat-Erbschaft noch übrig bleibt. Wenn z. B. der Erblasser 12000 fl. an Vermögen hinterläßt, den A als Universal-Erben, und seine Söhne nur auf den Pflichttheil einsetzt, dem B aber durch Codicill ein Legat von 2000 fl. vermacht, so könnte man glauben, der Pflichttheil sey bloß 5000 fl.; denn, wenn der Erblasser keinen Universalerben eingesetzt, sondern nur das in Rede stehende Codicill errichtet hätte, so würden seinem Sohne 10000 fl. nach der gesetzlichen Erbfolge zugefallen seyn, und folglich könnte der Pflichttheil nur 5000 fl. betragen. Allein daß diese Ansicht [1]) unrichtig sey, gehet offenbar aus dem §. 786 hervor, nach welchem der Pflichttheil offenbar die Hälfte (oder das Drittel) dessen ist, was dem Notherben, im Falle gar keine letztwillige Anordnung des Erblassers vorhanden wäre, nach der gesetzlichen Erbfolge zugefallen seyn würde. Diesen Theil darf der Erblasser durch keine letztwillige Anordnung, folglich auch durch kein Codicill dem Erben entziehen (§§. 552 u. 762); es ist daher auch deutlich und klar, daß der Pflichttheil neben einem Codicille Statt finde [2]).

4) Welchen Betrag hat ein als Verschwender erklärter Ascendent seinen Kindern zu hinterlassen? — Einige glauben, daß der Erblasser hier in einer zweyfachen Eigenschaft zu betrachten sey, als Vater und als Verschwender. Schon in der ersten Eigenschaft sey er seinen Kindern die Hälfte seines ganzen Vermögens zu hinterlassen schuldig. Es bleibe ihm also nur noch die Hälfte als sein frey vererbliches Vermögen zur Verfügung durch letzten Willen übrig. Allein als gerichtlich erklärter Verschwender könne er laut §. 568

---

1) Hüttner scheint sie in seinem Werke über die gesetzliche Erbfolge gehabt zu haben, da er den Satz aufstellt, daß der Pflichttheil nur neben einem Testamente Statt haben könne. S. 17.

2) Es kann folglich der Notherbe auch zugleich Haupterbe seyn, und doch in dem Pflichttheile verletzt werden. Zwar setzen die §§. 783 u. 786 andere Haupterben voraus, allein sie berechtigen keineswegs zu dem Schlusse, daß, wenn es sich um die Verkürzung des Pflichttheiles handelt, auch immer ein von der Person des Notherben verschiedener Haupterbe vorhanden seyn müsse. Der Haupterbe ist wohl im rechtlichen Sinne immer eine andere Person, als der Notherbe; dieses hindert aber nicht, daß beyde juridische Personen in einer physischen vereinigt seyn können.

nur über die Hälfte dieses seines Vermögens, folglich über ein Viertheil durch letzten Willen zu Gunsten eines Dritten verfügen, die andere Hälfte der Hälfte falle den Kindern, als gesetzlichen Erben, zu. Ferners würde die im §. 568 vorkommende Einschränkung des Erblassers, der schon bey Lebzeiten dem gesetzlichen Erben durch Verschwendung einen beträchtlichen Theil des Vermögens entzogen hat, zwar für die entfernteren gesetzlichen Erben von einer wohlthätigen Wirkung seyn, dagegen in Hinsicht auf die Kinder bey einer buchstäblichen Anwendung der im §. 765 enthaltenen Vorschrift wirkungslos seyn. — Allein dieses ganze Raisonnement läuft im Wesentlichen dahin aus, daß der verschwenderische Vater seinen Kindern die Hälfte des Vermögens in doppelter Eigenschaft hinterlassen müsse, nähmlich als Verschwender (§. 568) und als Vater (§. 765), woraus gefolgert wird, daß diese zweyfache Verpflichtung seiner Wirkung nach sich zweyfach äußern müsse. Allein dieser Grundsatz kann nicht als richtig angenommen werden; denn wenn Jemand in mehrern Rücksichten zu einer Leistung oder Unterlassung verpflichtet ist, so wird dadurch seine Verpflichtung wohl verstärkt, aber nicht erweitert. Der verschwenderische Vater ist nun als Vater, und auch als Verschwender verpflichtet, seinen Kindern und respect. Erben die Hälfte des Vermögens zu hinterlassen, thut er nun dieses wirklich, disponirt er nur über die eine Hälfte seines Vermögens, und läßt die andere seinen Kindern zurück, so hat er in jeder Hinsicht den Forderungen des Gesetzes Genüge geleistet, und die Kinder können weder aus dem §. 568 noch aus dem §. 765 auf ein Mehreres Anspruch machen. Ein Verschwender ist daher gleich allen übrigen Vätern nur die Hälfte seines Nachlasses seinen Kindern zu hinterlassen schuldig [1]).

5) Indem der Gesetzgeber *jedem* Kinde die Hälfte seines gesetzlichen Erbtheiles als Pflichttheil bestimmt, drückt er zugleich deutlich seinen Willen aus, daß jedes Kind in Ansehung des Pflichttheiles gleich gehalten werden solle. Denn der §. 732 sagt: daß

1) Man sehe übrigens die Materialien des Herrn Vicepräsidenten Ritter v. Pratobevera, 6. B. S. 324 — 329, und meine Abhandlung über den Pflichttheil §. 50. — Wie viel in dem Falle, als zwischen den Aeltern ein Erbvertrag bestehet, das Adoptiv-Kind als Pflichttheil in Anspruch nehmen könne, finde ich am zweckmäßigsten bey Erläuterung des §. 1253 zu beantworten.

mehrere Kinder die Erbschaft nach ihrer Zahl in gleiche Theile theilen, sie haben daher gleiche Erbtheile, und sohin auch gleiche Pflichttheile. Dieses liegt auch in der Natur der Sache; denn bey der gesetzlichen Bestimmung eines Pflichttheiles für die Kinder konnte der Gesetzgeber die zufälligen Eigenschaften derselben und ihre besonderen Verhältnisse nicht berücksichtigen, sondern sich hier lediglich das Verhältniß der Abstammung vor Augen halten, welches zwischen den einzelnen eheleiblichen Kindern einen Unterschied nicht erkennen läßt.

6) Vermög einem am 15. Februar 1765 erlassenen Rescripte war verordnet, daß jüdische Aeltern oder Vormünder gehalten werden sollen, nach Maß ihres Vermögens, ihren zur christlichen Religion übertretenden Kindern ihre Kindestheile realiter oder mittelst Bürgschaft sicher zu stellen. Durch Hofdecret vom 1. October 1821 Nr. 1804 wurde aber bestimmt, daß diese Anordnung keine Anwendung mehr habe; jedoch wurde den Behörden zur Pflicht gemacht, so viel es die Gesetze erlauben, dafür zu sorgen, daß getaufte Judenkinder von ihren Aeltern, wegen des Uebertrittes zur christlichen Religion, in ihren Rechten nicht gekränkt werden.

§. 766.

In der aufsteigenden Linie gebührt jedem Notherben als Pflichttheil ein Drittheil dessen, was er nach der gesetzlichen Erbfolge erhalten haben würde.

1) Daß den Aeltern ein geringerer Betrag als Pflichttheil zugewiesen ist, als den Kindern, rechtfertigt sich durch die Betrachtung, daß die Verpflichtungen gegen ihre Aeltern in Bezug auf das Vermögen auch in anderen Beziehungen nicht so ausgedehnt sind, wie die Verpflichtung der Aeltern gegen ihre Kinder. Auch stimmet sowohl das römische Recht, als das preußische Landrecht in dieser Hinsicht mit den österreichischen Gesetzen überein.

2) Die Berechnungsart zeigt folgendes, bereits vom Herrn Hofrathe v. Zeiller aufgeführte Beyspiel. Wenn ein kinderloser Erblasser beyde Aeltern und eine Erbschaft von 12000 fl. zurücklässt, so beträgt der Pflichttheil für beyde Aeltern zusammen 4000 fl. —, sohin für einen Theil 2000 fl. — In dem Falle, als ein

Aelterntheil verstorben wäre, und Abstämmlinge hinterließe, würde ihr Pflichtantheil zwar nicht in dieser Eigenschaft, aber als Intestat-Erbtheil mit der übrigen Erbschaftsmasse denselben zufallen, weil das Gesetz allgemein aussagt, daß dem Notherben in der aufsteigenden Linie ein Drittheil dessen gebühre, was ihm nach der gesetzlichen Erbfolge zugefallen wäre. Nur, wenn keine Kinder von ihm vorhanden wären, und der lebende Aelterntheil sohin die ganzen 12000 fl. ab intestato erhalten würde, würde auch dessen Pflichttheil 4000 fl. ausmachen.

3) Sind beyde (nächste) Aeltern verstorben, so ist zu unterscheiden, ob Abstämmlinge von ihnen vorhanden sind oder nicht. Im ersteren Falle ist von Hinterlassung eines Pflichttheiles keine Rede. Sind aber beyde Aeltern ohne Hinterlassung von Descendenten gestorben, so theilt sich das den Aeltern als Pflichttheil zuständig gewesene Drittheil wieder in zwey gleiche Theile, sohin in zwey Sechstheile, wovon die eine Hälfte (ein Sechstheil) den väterlichen, die andere den mütterlichen Großältern zu gleichen Theilen zufällt. — Wären aber von der einen oder anderen Seite beyde Großältern verstorben, so fiele, wie bey den Aeltern (Nr. 2) der ganze Drittheil dem anderen Theile zu. Das Nähmliche gilt von den Urgroßältern. Ueberhaupt darf man nur, wie von Zeiller bemerkt, nach Anleitung des vorhergehenden Hauptstückes, zurück sehen, ob und welche Großältern einen gesetzlichen Erbtheil, und welchen Betrag sie erhalten würden. Ein Drittheil davon gebührt ihnen als Pflichttheil.

4) Der Betrag, welchen ein Kind seinen Aeltern als Pflichttheil zu hinterlassen schuldig ist, beträgt bey übrigens gleichen Vermögens-Verhältnissen weniger, wenn dasselbe verheirathet, als wenn es noch ledig ist. Denn die Aeltern würden hier in dem Falle, als die gesetzliche Erbfolge eintreten würde, nur drey Viertheile der Verlassenschaft erhalten, da ein Viertheil auf den Ehegatten fällt (§. 758), und sohin beträgt hier der Pflichttheil der Aeltern drey Zwölftheile, oder was eines ist, ein Viertheil des ganzen reinen Verlassenschafts-Vermögens, da er in den übrigen Fällen immer ein Drittheil desselben ausmacht. Ein bey irgend einer Kirche bleibend angestellter Geistlicher ist seinen Aeltern nur

den neunten Theil seines Vermögens zu hinterlassen schuldig, weil sie in dem Falle, als er keine letztwillige Anordnung macht, nur in dem dritten Theile seines Vermögens succediren; und war er bey keiner Kirche bleibend angestellt, so beträgt der Pflichttheil zwey Neuntel das ganzen Vermögens, weil die Aeltern, im Falle der Erblasser keine letztwillige Anordnung hinterläßt, nur auf zwey Drittheile Anspruch zu machen haben (§. 761 Nr. 4).

5) In dem Falle, als ein Theil der Aeltern mit Tode abgegangen wäre, soll, nach der Behauptung Einiger, derjenige Antheil an dem Pflichttheile, der ihm von Seite des später verstorbenen Kindes zugefallen seyn würde, dem überlebenden Aelterntheile zuwachsen. — Allein diese Meinung ist sicherlich irrig. Denn nach der Vorschrift des gegenwärtigen §. gebührt jedem Notherben in der aufsteigenden Linie ein Drittheil dessen, was er nach der gesetzlichen Erbfolge erhalten haben würde. Da nun nach der gesetzlichen Erbfolge der überlebende Aelterntheil in dem Falle, als der Verstorbene Nachkömmlinge hinterlassen hat, gerade so viel erhält, als wenn der andere Aelterntheil noch am Leben wäre, und da der Pflichttheil immer ein Drittheil dessen ist, was er nach der gesetzlichen Erbfolge erhalten haben würde, so folgt, daß in dem gegenwärtigen Falle der Pflichttheil des überlebenden Aelterntheils sich nicht vermehren könne [1]).

§. 767.

Unter was für Beschränkungen der Pflichttheil gebühre.

Wer auf das Erbrecht Verzicht geleistet hat; wer nach den in dem achten Hauptstücke enthaltenen Vorschriften von dem Erbrechte ausgeschlossen wird; oder von dem Erblasser rechtmäßig enterbt worden ist, hat auf einen Pflichttheil keinen Anspruch, und wird bey der Ausmessung desselben so betrachtet, als wenn er gar nicht vorhanden wäre.

1) Daß derjenige, welcher auf das Erbrecht Verzicht geleistet hat, auf einen Pflichttheil keinen Anspruch habe, ergibt sich

1) Siehe meine Abhandlung über den Pflichttheil §. 53, wo ich zugleich zeigte, daß die gegentheilige Behauptung auf offenbar unrichtige Resultate führe.

zum Theile schon aus der im §. 763 aufgestellten Regel, daß den Notherben nur dann ein Recht auf den Pflichttheil zustehe, sobald für sie das Recht der gesetzlichen Erbfolge eintreten würde. Nun kann aber für denjenigen, welcher auf sein Erbrecht gültig Verzicht geleistet hat, dieses Recht nicht eintreten. Auch ist das Recht, einen Pflichttheil zu fordern, nur ein Theil des gesetzlichen Erbrechtes überhaupt; wer folglich auf den ganzen Umfang eines Rechtes Verzicht geleistet hat, hat auch ganz natürlich den einzelnen, in dem ganzen Umfange des Rechtes enthaltenen Rechten entsaget. Daß übrigens derjenige, welcher insbesondere auf das Recht, einen Pflichttheil zu fordern, gültig Verzicht geleistet hat, auch das Recht auf einen solchen verliere, springt in die Begriffe. Eine gültige Verzichtleistung setzt aber voraus, das sie von Personen geschehe, die überhaupt über ihre Rechte zu verfügen befugt sind. — Eine gültige Verzichtleistung auf das Erbrecht wirkt aber auch auf die Nachkommen. Daher haben die Kinder desjenigen Notherben, welcher auf sein Erbrecht gültig Verzicht geleistet hat, ebenfalls keinen Anspruch auf einen Pflichttheil, wenn derselbe auch vor dem Erblasser verstorben wäre (§. 551).

2) Eine eben so natürliche Folgerung aus dem §. 763 ist es, daß derjenige, welcher nach den in dem achten Hauptstücke enthaltenen Vorschriften von dem Erbrechte ausgeschlossen ist, auch keinen Anspruch auf einen Pflichttheil habe. — Ob aber die Nachkommen desselben einen Pflichttheil zu fordern berechtiget seyen, ist abhängig von der Frage: ob selbe überhaupt zu erben fähig sind? welche Frage bereits bey Erläuterung der §§. 540 —542 und 544 beantwortet worden ist. — Die Erfordernisse einer rechtmäßigen Enterbung, deren Begriff die Ausschließung vom Erbrechte mit sich führt, werden in den folgenden §§. abgehandelt.

3) Ein Notherbe, der auf den Pflichttheil keinen Anspruch zu machen berechtiget ist, ist bey Ausmessung des Pflichttheils so zu betrachten, als wenn er gar nicht existirte. — Die Folge davon ist, wie von Zeiller bereits bemerkte, daß der Pflichttheil für die übrigen Notherben von der nähmlichen Classe oder

Linie beträchtlicher ausfällt. Wenn z. B. ein Erblasser ein Vermögen vom 12000 fl. — und zwey Kinder hinterläßt, wovon das eine wegen Erbunfähigkeit, Verzichtleistung oder Enterbung von dem Pflichttheile ausgeschlossen, und das andere Kind nur zum Pflichttheile berufen ist, so erhält dieses 6000 fl., da es doch, wofern das ausgeschlossene Kind in der Berechnung des Pflichttheiles mitgerechnet würde, nur 3000 Gulden erhalten haben würde. — Der Wille des Gesetzgebers ist, daß der Erblasser aus der Ausschließung eines Notherben keinen Vortheil ziehen, und daher sein Verfügungsrecht dadurch nicht erweitert, sondern vielmehr der Antheil der übrigen Notherben erhöhet werden soll. Jedoch scheint kein Hinderniß zu obwalten, daß der Notherbe ausdrücklich zu Gunsten des freyen Verfügungsrechtes der Aeltern auf seinen Erb- oder Pflichttheil Verzicht leiste, in welchem Falle sich der Pflichttheil der übrigen Notherben nicht vergrößern kann.

4) Das Gesetz redet hier bloß von Ausmessung des Pflichttheiles, woraus gefolgert wird, daß die Ausschließung eines Notherben keine Veränderung oder keinen Sprung in der Ordnung, nach welcher die Notherben zum Pflichttheile berufen werden, nach sich ziehe. Diese Behauptung scheint mir aber nur in so fern richtig zu seyn, als der Notherbe von dem Erblasser rechtmäßig enterbt wurde, oder derselbe auf das Recht, einen Pflichttheil zu begehren, Verzicht geleistet hätte, nicht aber auch dann, wenn derselbe zu erben unfähig oder unwürdig wäre, oder auf sein Erbrecht überhaupt Verzicht geleistet hätte; denn in diesen letztern Fällen würde, wenn der Erblasser kein Testament hinterließe, auch eine Aenderung in der gesetzlichen Erbfolge eintreten. Nun sagt aber der §. 763, daß die Aeltern und Kinder dann ein Recht auf einen Pflichttheil haben, so bald für sie das Recht und die Ordnung der gesetzlichen Erbfolge eintreten würde. — Wenn also z. B. ein Erblasser sein einziges Kind enterbt, oder mittelst spezieller (nicht allgemeiner) Verzichtleistung abgefertiget, und seine Frau zum Erben eingesetzt hat, so können doch die Aeltern des Erblassers keinen Pflichttheil fordern; wohl aber, wenn sich dieses einzige Kind des Erbrech-

tes unwürdig gemacht hätte, oder überhaupt zu erben unfähig wäre (§. 763 Nr. 10).

§. 768.

Erfordernisse einer rechtmäßigen Enterbung.

Ein Kind kann enterbt werden:

1) **wenn es vom Christenthume abfällt;**
2) **wenn es den Erblasser im Nothstande hülflos gelassen hat;**
3) **wenn es eines Verbrechens wegen zur lebenslangen oder zwanzigjährigen Kerkerstrafe verurtheilt worden ist;**
4) **wenn es eine gegen die öffentliche Sittlichkeit anstößige Lebensart beharrlich führet.**

1) Die Enterbung ist ein gesetzmäßig erklärter Wille des Erblassers, daß ein Notherbe von der ganzen Erbschaft (mithin auch vom Pflichttheile) ausgeschlossen seyn soll. Sie unterscheidet sich also sowohl von der bloßen Verkürzung im Pflichttheile (§§. 729 und 773), als auch von der gänzlichen Uebergehung mit Stillschweigen (§. 776), die ohne Vorsatz aus Irrthum geschehen kann. (§. 771) [1]).

2) Wenn auch der Gesetzgeber bey der Einführung eines Pflichttheiles von der Ansicht ausgegangen ist, daß das Vermögen der Aeltern und Kinder in gewissen Beziehungen als ein gemeinschaftliches Eigenthum beyder Theile anzusehen sey, so hindert ihn dieses doch nicht, in bestimmten Fällen, wenn sich der Notherbe dieser Begünstigung unwürdig gemacht hat, dem Erblasser das Recht einzuräumen, den Notherben von seiner Erbschaft ganz auszuschließen. Räumt er doch an einem andern Orte (§. 948) dem Geschenkgeber sogar das Recht ein, dem Geschenknehmer sein auf die geschenkte Sache erlangtes vollständiges Eigenthumsrecht wieder zu entziehen, wenn dieser sich undankbar gegen ihn benimmt; wie viel mehr muß dem Gesetzgeber das Recht zukom-

1) Siehe v. Zeiller's Commentar zu diesem §. Nr. 1.

men, ein von ihm selbst zu Gunsten des Notherben festgesetztes Rechtsverhältniß in solchen Fällen wieder aufzuheben, wo der Notherbe als unwürdig erscheint, daran Theil zu nehmen.

3) Die Fälle, in welchen den Aeltern dieses Recht der Enterbung eingeräumt ist, werden hier nahmentlich aufgezählet. Als erste Enterbungsursache wird der Abfall eines Kindes vom Christenthume angeführt. Nach dem römischen Rechte konnte ein Kind enterbt werden, wenn es zu einer ketzerischen Religionssecte überging, das heißt, zu einer, welche die Sätze der vier ersten Kirchenversammlungen (zu Nizäa, Ephesus, Constantinopel und Chalzedon) nicht annimmt; zu einer Secte sich begab, die weder katholisch, noch lutherisch, noch reformirt ist [1]). Allein diese Unterschiede der Rechte nach der Religionsverschiedenheit hat der österreichische Gesetzgeber der Regel nach aufgehoben (§. 39). Nur Christen und Nicht-Christen sind in manchen Rücksichten auch in privatrechtlicher Beziehung durch eine Scheidewand getrennt. Daher hat auch der österreichische Gesetzgeber als eine Enterbungsursache den Umstand aufgenommen, wenn ein Notherbe vom Christenthume abfällt.

4) Der zweyten hier aufgeführten Enterbungsursache muß die ganz natürliche Beschränkung angefügt werden, daß der Notherbe im Stande gewesen sey, den Erblasser in seinem hülflosen Zustande zu unterstützen. Denn offenbar betrachtet das Gesetz die Enterbung als eine Strafe, welche ohne ein zum Grunde liegendes Verschulden nicht verhängt werden kann. — Uebrigens dürfte die Behauptung, daß dasjenige Kind, welches den Erblasser nicht nur allein im hülflosen Zustande gelassen, sondern in selben selbst versetzt hat, sich einer Enterbungsursache schuldig gemacht habe, nicht beanständet werden (Vergl. §. 540).

5) Bey dem dritten Enterbungspuncte ist zu bemerken, daß das Gesetz hier bloß von einer lebenslangen oder zwanzigjährigen Kerkerstrafe spreche, und von der Todesstrafe wahrscheinlich aus dem Grunde schweige, weil es ein Unsinn scheinen könnte, einen, der ohnedieß zur Todesstrafe verurtheilt ist, noch zu

1) Siehe Höpfners Commentar §. 473.

enterben. — Indessen wäre doch der Fall gedenkbar, daß ein Vater seinen zur Todesstrafe verurtheilten Sohn ausdrücklich enterbte, und noch früher mit Tode abginge, als die Todesstrafe an letzterem in Vollzug gesetzt wird. — Hier würde also die Frage entstehen: ob diese Enterbung gültig sey, oder ob nicht die Erben dieses Letzteren den Pflichttheil in Anspruch nehmen könnten, weil das Gesetz die Verurtheilung zur Todesstrafe nicht ausdrücklich als eine Enterbungsursache aufgeführt hat? — In meiner Erläuterung der gesetzlichen Bestimmungen über den Pflichttheil habe ich mich für die Gültigkeit der Enterbung ausgesprochen, und dabey bemerkt, daß der Gesetzgeber hier offenbar die Größe des Verbrechens, und zwar mit Berücksichtigung aller erschwerenden und mildernden Umstände, welche hier eintreten, und die daher auf die Strafbemessung Einfluß nehmen, bezeichnen wollte, und daß er gewiß nicht die Absicht hatte, das größere Verbrechen von dieser widrigen Folge auszunehmen. Auch im §. 61 redet das Gesetzbuch bloß von einem zum schweren oder schwersten Kerker verurtheilten Verbrecher, und doch sey aus dem Inhalte des Strafgesetzbuches selbst ersichtlich, daß auch ein zum Tode verurtheilter Verbrecher eine gültige Ehe nicht eingehen könne. — Allein ich habe seit der Zeit reiflicher darüber nachgedacht, und halte mich zu dieser ausdehnenden Erklärung, die ich ohnehin im §. 7 verworfen habe, um so weniger berechtiget, als der Gesetzgeber hier seinen guten Grund haben konnte, für diesen ohnehin äußerst selten vorkommenden Fall eine gleiche Bestimmung, wie für den Fall, wenn ein zur lebenslangen oder zwanzigjährigen Kerkerstrafe verurtheiltes Kind enterbt wird, nicht festzusetzen, weil nähmlich diese Strafe der Enterbung nicht den Verurtheilten, sondern immer nur seine Erben treffen würde.

6) Die römische Gesetzgebung beschränkte den vierten Enterbungsgrund lediglich auf das unzüchtige Leben einer Tochter. Das österreichische Gesetzbuch macht aber zwischen den Notherben keinen Unterschied; es kann daher jedem derselben diese Enterbungsursache zur Last fallen. Hier entsteht aber die Frage: ob nach dem Sinne des österreichischen Gesetzbuches unter dem Ausdruck „eine gegen die öffentliche Sittlichkeit anstößige

Lebensart" gleichfalls nur ein unzüchtiges Leben verstanden werde, oder ob derselbe eine größere Ausdehnung habe? — Für die bejahende Beantwortung dieser Frage könnte man anführen, daß nach dem zweyten Theile des Strafgesetzbuches außer den auf Unzucht Bezug habenden Handlungen, auch das Spielen verbothener Spiele, dann Trunkenheit und Betteln unter gewissen Umständen als gegen die öffentliche Sittlichkeit anstoßende Handlungen angesehen, ja sogar als schwere Verletzungen derselben behandelt werden. Da nun nach dem Ideale, das man sich von einer Gesetzgebung machen muß, die einzelnen Staatsverwaltungszweige unter sich in vollständiger Harmonie seyn, und den Organismus eines Staatskörpers bilden müssen, den nun ein und der nähmliche Geist belebet; so müsse angenommen werden, daß, wenn der höchste Gesetzgeber in einem Zweige der Gesetzgebung eine Handlung als gegen die öffentliche Sittlichkeit anstoßend erkläret, dieses auch in Betreff der übrigen einzelnen Zweige der Fall seyn müsse. Denn nach den in der Einleitung des Strafgesetzbuches selbst aufgestellten Grundsätzen hat der Gesetzgeber nicht nur jene Handlungen als schwere Polizey-Uebertretungen gegen die öffentliche Sittlichkeit erklärt, welche an und für sich als den guten Sitten zuwider laufend und Aergerniß erweckend angesehen werden, sondern auch jene, welche zur Verbreitung des Sittenverderbnisses mittelbar beytragen, oder welche Unordnungen oder Ausschweifungen gewöhnlich nach sich ziehen. Es ist daher klar, daß man nicht alle jene Handlungen in den vierten Enterbungsgrund einbeziehen könne, welche als schwere Polizey-Uebertretungen gegen die öffentliche Sittlichkeit erklärt sind, sondern sich hier mehr an den allgemein geltenden Begriff zu halten habe, vermög welchem unter einer der öffentlichen Sittlichkeit anstößigen Lebensart eine solche verstanden wird, die den guten Sitten wirklich zuwider läuft, und allgemeines Aergerniß zu erwecken fähig ist.

§. 769.

Aus den nähmlichen Ursachen können auch die Aeltern von dem Pflichttheile ausgeschlossen werden,

und insbesondere noch dann, wenn sie das Kind in der Erziehung ganz verwahrloset haben.

Die oben Nr. 768 aufgezählten Enterbungsursachen gelten im Allgemeinen sowohl für Aeltern als Kinder, die Aeltern können aber noch insbesondere von dem Pflichttheile ausgeschlossen werden, wenn sie das Kind in der Erziehung ganz verwahrloset haben. Denn je heiliger die Pflicht der Aeltern ist, ihre Kinder gut zu erziehen, desto größer ist die Pflichtverletzung, die sie sich in einem solchen Falle zu Schulden kommen lassen; sie haben daher allen Anspruch auf Dankbarkeit dadurch verwirket, und mit Recht gestattet daher hier das Gesetz dem verwahrlosten Kinde, seine Aeltern zu enterben. Ob dieser Enterbungsgrund in einem bestimmten Falle wirklich eingetreten sey, muß nach sorgfältiger Erhebung aller Umstände dem Ermessen des Gerichtes anheim gestellt bleiben.

§. 770.

Ueberhaupt kann einem Notherben auch solcher Handlungen wegen, die einen Erben nach den §§. 540 — 542 des Erbrechtes unwürdig machen, durch die letzte Willens-Erklärung der Pflichttheil entzogen werden.

Es scheint in der Natur der Sache gegründet zu seyn, und einer ausdrücklichen Erklärung nicht zu bedürfen, daß ein Notherbe auch solcher Handlungen wegen, welche ihn nach den §§. 540 — 542 des Erbrechtes unwürdig machen, durch die letzte Willens-Erklärung des Pflichttheiles verlustig erklärt werden könne; denn wer des Erbrechtes schon ohne eine ausdrückliche Erklärung des Erblassers verlustig wird, der wird es auch bleiben, wenn dieses der Erblasser ausdrücklich erkläret. Der höchste Gesetzgeber hat jedoch diese Anordnung durch den gegenwärtigen §. ausdrücklich dem bürgerlichen Gesetzbuche einverleibt; es läßt sich daher voraussehen, daß diese ausdrückliche Einschaltung nicht ganz ohne rechtlichen Folgen seyn werde. — Wir werden auch wirklich in der Folge sehen, daß diese ausdrückliche Erklärung des Erblasser

nicht überflüssig sey, sondern Resultate gebe, welche ohne dieser ausdrücklichen Bestimmung sich aus den §§. 540 — 542 allein nicht würden ziehen lassen.

§. 771.

Die Enterbungsursache muß immer, sie mag von dem Erblasser ausgedrückt seyn oder nicht, von dem Erben erwiesen werden, und in den Worten und dem Sinne des Gesetzes gegründet seyn.

1) Es ist nicht nothwendig, daß der Erblasser die Ursache der Enterbung ausdrücklich in seiner letztwilligen Disposition anführe; es ist zur Rechtlichkeit der Enterbung hinreichend, wenn eine solche nur wirklich vorhanden ist. Man darf sich aber keineswegs erlauben, Ursachen, die weder in den Worten noch in dem Sinne des Gesetzgebers liegen, für hinlängliche Gründe zur Enterbung anzusehen, sondern man muß sich hier sehr strenge an das Gesetz halten. So steht z. B. die Verpflichtung der Aeltern, ihrer Tochter ein Heirathsgut zu geben, mit der Verpflichtung, ihr einen Pflichttheil zu hinterlassen, im innigen Zusammenhange, da das Heirathsgut in den Pflichttheil eingerechnet werden darf (§. 788); folglich als ein Theil desselben anzusehen ist. Dieser Affinität ungeachtet können die Ursachen, welche die Aeltern von der Verbindlichkeit loszählen, ihrer Tochter ein Heirathsgut zu geben, nicht auch als rechtliche Enterbungsursachen angesehen werden. — Selbst Ursachen, die wichtiger zu seyn scheinen, als die vom Gesetzgeber angeführten Gründe, berechtigen nicht über den deutlichen Ausspruch des Gesetzes hinaus zu gehen [1]), wenn sie nicht offenbar als der geistige Umfang des Gesetzes einschließt.

2) Da jede Thatsache von demjenigen, der hierauf ein Recht anspricht, erwiesen werden muß (§. 10 der a. G. O.), so muß auch bey jeder Enterbung die Ursache, welche sie rechtfertigt, von demjenigen, welcher dadurch zur Erbschaft gelangen soll, sie mag von dem Erblasser ausgedrückt seyn oder nicht, erwiesen werden. — Es entsteht hier die Frage: was Rechtens sey, wenn der Erb-

1) Siehe Zeillers Commentar Nr. 1.

lasser in seiner letzten Willens-Erklärung eine Ursache der Enterbung angibt, welche in den Worten und in dem Sinne des Gesetzes nicht gegründet ist, folglich auch nicht hinreichen würde, dem Enterbten die ganze Erbschaft zu entziehen; der durch diese Enterbung aber zur Erbschaft Gelangende zu beweisen im Stande ist, daß sich der Enterbte einer anderen wirklich in dem Gesetze gegründeten Enterbungsursache schuldig gemacht habe? — Diese Frage scheint durch den Buchstaben des Gesetzes nirgends beantwortet, aber in dem Geiste des gegenwärtigen §. scheint mir ihre Beantwortung deutlich zu liegen. Denn nach diesem wird zu einer gültigen Enterbung erfordert: a) der Wille des Erblassers, daß der Notherbe enterbt werden solle, b) eine rechtmäßige Enterbungsursache. — Wo diese beyden Erfordernisse zusammentreffen, dort ist der Fall der Enterbung vorhanden. — Wenn daher der Erblasser seine Enterbung auch mit einem Beweggrunde unterstützt, welcher von dem Gesetze als kein rechtmäßiger Enterbungsgrund angesehen wird, so macht dieses doch nichts zur Sache, wenn der durch die Enterbung zur Erbschaft Gelangende zu erweisen im Stande ist, daß sich der Notherbe wirklich aus einem anderen Grunde der Enterbung verdient gemacht habe; denn so wenig der Erblasser verbunden ist, überhaupt einen Grund der Enterbung anzugeben, so wenig ist er gehalten, den wahren Beweggrund zu entdecken. — Er kann eben nur zur Schonung des Notherben einen falschen Grund angeben, um andere Personen zu verhindern, dem wahren Grunde näher nachzuforschen. Genug, daß er seinen Willen zur Enterbung erklärte, und daß auch eine im Gesetze gegründete Ursache hierzu vorhanden ist. — Diese Ansicht wird auch noch durch den §. 572 bestätiget, aus welcher gesetzlichen Anordnung klar ersichtlich ist, daß es bey einer letztwilligen Anordnung auf den Beweggrund des Erblassers gar nicht ankomme, derselbe sohin ganz unberücksichtiget bleibe, und gleichsam als nicht beygerückt angesehen werde. — Nur dann, wenn von der Gegenseite dargethan werden könnte, daß der Wille des Erblassers einzig und allein auf diesem irrigen Beweggrunde beruhet habe, wäre die Enterbung für ungültig zu achten (§. 572).

3) Es entsteht die Frage: ob die Enterbung, wenn sie mit keiner anderweitigen letztwilligen Disposition verbunden ist, in derjenigen Form abgefaßt seyn müsse, welche das neunte Hauptstück von der Erklärung des letzten Willens überhaupt vorschreibt? weil diese Formen nur für diejenigen Arten letzter Willens-Erklärungen vorgeschrieben sind, zu Folge welchen der Erblasser sein Vermögen einer oder mehreren Personen widerruflich auf den Todesfall überläßt (§. 552), bey der bloßen Enterbung aber gerade das Gegentheil Statt hat. Allein da durch die Ausschließung der gesetzlich nächsten Erben die gesetzliche Erbfolge durch den Willen des Erblassers abgeändert wird, und somit andere Personen zur Erbschaft gelangen, als ohne der Disposition des Erblassers zur Erbschaft gelangt seyn würden: so enthält jede Enterbung auch zugleich indirecte eine Erbeseinsetzung in sich; und derjenige, welcher dadurch zur Erbschaft gelangt, muß sich nothwendiger Weise auf den erklärten Willen des Erblassers berufen. — Es ist also um so weniger einem Zweifel unterworfen, daß jede Enterbung in der von dem Gesetze zur Erklärung eines letzten Willens überhaupt vorgeschriebenen Form erklärt werden müsse, als auch jeder Widerruf der Enterbung, ohne Unterschied, in der nähmlichen Form abgefaßt werden muß (§. 772).

§. 772.

Die Enterbung wird nur durch einen ausdrücklichen, in der gesetzlichen Form erklärten, Widerruf aufgehoben.

1) Dem Erblasser steht frey, die verfügte Enterbung wieder aufzuheben. Allein diese Aufhebung kann nur durch einen ausdrücklichen, in der gesetzlichen Form erklärten, Widerruf geschehen, und wird nie durch das Gesetz selbst verfügt. Daraus folgt, daß, wenn auch die Ursache der Enterbung hinweggefallen ist, die Wirkung derselben noch immer fortdaure. Wenn daher z. B. der vom Christenthume abgefallene Notherbe wieder zu demselben zurückkehrt, so behält doch die bereits über ihn verhängte Enterbung so lange ihre Wirkung, bis sie nicht von dem Erblasser wieder ausdrücklich aufgehoben wird; ein Gleiches ist der

Fall, wenn sich der Notherbe, welcher eine gegen die öffentliche Sittlichkeit anstößige Lebensart beharrlich führte, sich in der Folge wieder gebessert hätte. — Ist aber der vom Christenthume abgefallene Notherbe, ohne enterbt worden zu seyn, wieder zur christlichen Religion zurückgekehrt, oder hat der unsittliche Notherbe seinen Lebenswandel gebessert, so scheint der Erblasser keineswegs mehr das Recht zu haben, ihn zu enterben, weil der Grund, aus welchem der Gesetzgeber dem Erblasser dieses Recht eingeräumt hat, bereits zu wirken aufhörte.

2) Der Widerruf muß in der gesetzlichen Form geschehen. Diese Vorschrift gründet sich, wie Herr Hofrath v. Zeiller bemerkt, in der Wichtigkeit der Handlung, und in dem bekannten Rechtssatze, daß ein Rechtsgeschäft auf eben die Art, wie es errichtet wird, auch wieder aufgehoben werden solle. — Es kann daher unter dieser gesetzlichen Form keine andere verstanden werden, als welche überhaupt zur Aufhebung eines letzten Willens angeordnet ist (§§. 713 — 724). Hat der Erblasser die Anordnung, wodurch er die Enterbung widerrufen hat, wieder vernichtet, die frühere Enterbungsurkunde aber unversehrt gelassen, so kömmt diese letztere wieder zu Kraft (§. 723). Zweifelhaft scheint es zu seyn, ob dieses auch für den Fall gelte, wenn die Enterbung aus einer im §. 540 enthaltenen Ursache geschehen ist; denn nach Anordnung dieser Gesetzesstelle dauert die Unwürdigkeit zu erben nur so lange, als sich aus den Umständen nicht entnehmen läßt, daß der Erblasser dem Erben verziehen habe. — Ein Widerruf der Enterbung ist aber gewiß das sicherste Kennzeichen der Vergebung, und es scheint nicht, daß der Erblasser die ein Mahl geleistete Vergebung wieder aufheben könne. — Zu diesem Schlusse würde man, meines Dafürhaltens, allerdings berechtiget seyn, wenn der Gesetzgeber den im §. 540 aufgestellten Fall der Erbunwürdigkeit nicht auch ausdrücklich den Enterbungsursachen zugezählet hätte; denn in diesem Falle könnte die in dem letzten Willen ausgedrückte Enterbung keine mehrere Wirkung haben, als wenn von der Enterbung gar keine Erwähnung geschehen wäre; es wäre daher in diesem Falle auch zur Aufhebung der Enterbung ein ausdrücklicher, in der gesetzlichen Form erklär-

ter, Widerruf nicht nothwendig, sondern es würde jede Handlung des Erblassers hierzu genügen, woraus sich mit Grund auf eine Vergebung schließen ließe; nachdem aber der Gesetzgeber diese im §. 540 angeführten Beleidigungen des Erblassers auch ausdrücklich unter den Erfordernissen einer rechtmäßigen Enterbung aufgeführt hat, so kann auch eine aus diesem Grunde geschehene Enterbung auf eine andere Weise, als durch einen ausdrücklichen, in der gesetzlichen Form erklärten Widerruf nicht aufgehoben werden. Es kann aber auch dieser Wiederruf hier keine mehrere Rechtswirkung haben, als die Widerrufung jeder letztwilligen Anordnung; daher auch durch die Vernichtung dieser Widerrufungsurkunde die frühere noch vorhandene Enterbungsurkunde wieder auflebt.

3) Was hat aber die in gesetzlicher Form erklärte Widerrufung der Enterbung für eine Rechtswirkung? Erlangt der Notherbe dadurch bloß den Pflichttheil, oder kömmt ihm die ganze Intestat-Erbschaft zu? — Man muß hier unterscheiden: Ist derselbe lediglich enterbt worden, ohne daß von dem Erblasser zugleich ein anderer Universalerbe wäre eingesetzet worden, so ist es natürlich, daß er wieder zur ganzen Erbschaft gelanget; ist aber ein Dritter als Universalerbe eingesetzt worden, so kann der bloße Widerruf der Enterbung die obige Wirkung nicht haben; denn der bloße Widerruf der Enterbung, ohne daß zugleich der Notherbe als Universalerbe eingesetzt wird, ist kein Testament, sondern ein Codicill (§. 533); durch ein späteres Codicill wird aber ein früheres Testament nur in so fern aufgehoben, als die in selbem enthaltenen codicillarischen Verfügungen mit diesem im Widerspruche stehen (§. 714). Nun stehet aber die Aufhebung der Enterbung mit der früheren letztwilligen Disposition nur in so fern im Widerspruche, als dem Notherben derjenige Theil der Erbschaft, welcher ihm in dieser Eigenschaft gebührt, d. i. der Pflichttheil, dadurch entzogen würde; die Erbeseinsetzung selbst kann dadurch ihre Gültigkeit um so weniger verlieren, als sie selbst in dem Falle aufrecht bestehen würde, wenn dem Notherben niemahls eine rechtmäßige Enterbungsursache zur Last gefallen wäre.

§. 773.

Wenn bey einem sehr verschuldeten oder verschwenderischen Notherben das wahrscheinliche Besorgniß obwaltet, daß der ihm gebührende Pflichttheil ganz, oder größten Theils seinen Kindern entgehen würde; so kann ihm der Pflichttheil von dem Erblasser, jedoch nur dergestalt entzogen werden, daß solcher den Kindern des Notherben zugewendet werde.

1) Bisher wurde von der bestrafenden oder ahndenden Enterbung gesprochen, nun geht das Gesetz auf eine zweyte Gattung der Enterbung über, welche die Rechtsgelehrten die gutgemeinte nennen, weil der Erblasser dabey das Wohl der Notherben und seiner Nachkommenschaft zur Absicht hat. Wenn ein Notherbe sehr verschuldet oder verschwenderisch ist, so entsteht das gegründete Besorgniß, daß die Erbschaft, und sohin auch der Pflichttheil sehr bald von den Gläubigern würde in Beschlag genommen, oder von dem Notherben verschwendet, und dieser sowohl als seine Nachkommenschaft in Armuth versetzt werden. Da nun ein solcher Notherbe aus dem Pflichttheile keinen Nutzen ziehet, so erheischt es die Billigkeit, daß dem Erblasser gestattet werde, demselben den Pflichttheil zu entziehen, und seiner Nachkommenschaft zuzuwenden. Daher ordnet auch der §. an, daß ein solcher Notherbe zu Gunsten seiner Nachkommenschaft enterbt werden könne. Das Gesetz macht übrigens hier keinen Unterschied, ob der Notherbe ein Kind oder ein Aelterntheil des Erblassers sey; im letzteren Falle bekommen daher auch die Geschwister des Erblassers einen Pflichttheil. Der §. redet übrigens von den Kindern des Notherben. Unter dieser Benennung werden aber nach §. 42 ohne Zweifel alle jene Abstämmlinge verstanden, denen ein gesetzliches Erbrecht auf das Vermögen ihrer Aeltern zustehet. Folglich gehören auch Wahlkinder hierher.

2) Das Gesetz redet hier von einem verschwenderischen Notherben. — Es entsteht daher die Frage: ob dieser bereits gericht-

lich als Verschwender erklärt seyn müsse oder nicht? — Ich glaube, daß eine solche gerichtliche Erklärung zur Enterbung nicht nur allein unnöthig sey, sondern vielmehr bey dem Vorhandenseyn einer solchen das Recht der Enterbung wegfalle. Denn ist der Notherbe gerichtlich als Verschwender erklärt, so ist er auch dadurch zugleich unter Curatel gesetzt, und der eigenen Vermögens-Verwaltung beraubt. Es läßt sich daher aus diesem Grunde nicht mehr mit Wahrscheinlichkeit besorgen, daß der ihm gebührende Pflichttheil ganz oder wenigstens größten Theils seinen Kindern entzogen würde. — Eine Ausnahme hiervon wäre, wenn nebst dem Hange zur Verschwendung auch eine Ueberschuldung einträte, und zu befürchten stünde, daß der Pflichttheil zur Befriedigung der Gläubiger verwendet werden müsse. Dieser Behauptung steht auch nicht entgegen, daß der gerichtlich als solcher erklärte und folglich unter Curatel versetzte Verschwender selbst durch Testament diesen Pflichttheil verletzen könne; denn der gegenwärtige §. redet ausdrücklich von dem Besorgniß, daß der dem Notherben gebührende Pflichttheil ganz oder größten Theils seinen Kindern entzogen würde, welches aber im Falle einer letztwilligen Anordnung nicht geschehen kann, da der verschwenderische Notherbe seinen Kindern wenigstens die Hälfte des ihm zukommenden Pflichttheiles wieder zu hinterlassen verbunden ist, und folglich auch hier das Besorgniß nicht eintreten kann, daß er ihnen den größten Theil des Pflichttheiles entziehe.

3) Was wäre wohl in dem Falle Rechtens, wenn der Erblasser seinen Notherben wegen Verschwendung enterbte, ohne die Nachkömmlinge desselben in den Pflichttheil einzusetzen? — Hier glaube ich unterscheiden zu müssen, ob der Erblasser einen Dritten als Erben benannt habe oder nicht. Im letzteren Falle halte ich diese Verfügung für gültig; denn der gegenwärtige §. erlaubt dem Erblasser seinem verschwenderischen oder verschuldeten Notherben den Pflichttheil nur in der Art zu entziehen, daß selber den Kindern des Notherben zugewendet werde; wollte nun der Erblasser das Erstere, so ist auch anzunehmen, daß er das Letztere wollte, weil nur unter dieser Bedingung der Gesetzgeber ihm das Erstere gestattete, und zwar um so mehr, als in diesem

Falle ohnehin meisten Theils die Nachkömmlinge des Enterbten schon vermög des Gesetzes succediren müssen. — Hat aber der Erblasser den Pflichttheil ausdrücklich einem Dritten zugedacht, — so ist seine ganze Verfügung ungültig: denn was er wollte, nähmlich dem Notherben den Pflichttheil entziehen, um ihn einem Dritten zukommen zu machen, das konnte er nicht; und, was er konnte, nähmlich, dem Notherben den Pflichttheil entziehen, um ihn seinen Abkömmlingen zuzuwenden, das wollte er nicht.

4) Eine weitere Frage entsteht, was in dem Falle Rechtens wäre, wenn der verschwenderische oder verschuldete Notherbe mehrere Kinder hätte, und der Erblasser demselben den Pflichttheil dargestellt entzöge, daß solcher nur Einem, oder wenigstens nur einigen Kindern des Notherben zugewendet werde? — Daß eine solche Disposition gesetzwidrig sey, scheint keinem Zweifel unterworfen, da der gegenwärtige §. ausdrücklich von allen Kindern des Notherben spricht; und daher trage ich auch kein Bedenken, zu behaupten, daß das auf den Pflichttheil eingesetzte Kind nur jenen Antheil fordern könne, welcher ihm zugekommen wäre, wenn der Erblasser allen Kindern zusammen den Pflichttheil zugedacht hätte. Der übrige Theil wird aus dem Nr. 3 angeführten Grunde auf den Notherben selbst fallen.

5) Uebrigens gilt auch ohne Zweifel hier die Regel des §. 771, daß die Enterbungsursache, wenn sie von dem Notherben widersprochen wird, bewiesen werden müsse. Ob der Notherbe sehr verschuldet oder verschwenderisch sey, ist von dem Richter mit Rücksicht auf den Stand, die wahren Bedürfnisse und übrigen Verhältnisse des Enterbten zu beurtheilen. Andere Ursachen, die im Gesetze nicht nahmentlich aufgeführt sind, sind auch kein rechtmäßiger Grund der gutgemeinten Enterbung.

§. 774.

Wie der Pflichttheil zu hinterlassen.

Der Pflichttheil kann in Gestalt eines Erbtheiles oder Vermächtnisses, auch ohne ausdrückliche Benennung des Pflichttheiles hinterlassen wer-

den. Er muß aber dem Notherben ganz frey bleiben. Jede denselben einschränkende Bedingung oder Belastung ist ungültig. Wird dem Notherben ein größerer Erbtheil zugedacht, so kann sie nur auf den Theil, welcher den Pflichttheil übersteigt, bezogen werden.

1) Es ist eine für den Erben sehr gleichgültige Sache, mit welchen Ausdrücken ihm der Erblasser den gebührenden Erbtheil überläßt; genug, wenn ihm nur der Betrag des Pflichttheiles zukömmt. Daher die im Eingange des gegenwärtigen §. vorkommende Anordnung.

2) Allein der Pflichttheil muß dem erbfähigen Notherben rein und vollständig zur freyen Disposition überlassen werden. Jede einschränkende Bedingung oder Belastung, sie mag so geringfügig seyn, wie sie wolle, ist ungültig, folglich für nicht beygesetzt zu halten. Unter eine solche Belastung ist ohne Zweifel auch ein gegenseitiges Fideicommiß zu rechnen, welches der Vater unter seinen Kindern im Testamente angeordnet hat; denn immer beschränkt eine solche Verfügung die Rechte des Eigenthümers, mit dem ihm zufallenden Pflichttheile zu schalten, und ohne Zweifel ist jede solche Beschränkung im rechtlichen Sinne ein Belastung, selbst in dem Falle, wenn sie wirklich für den Eigenthümer vortheilhaft wäre. Wird der Pflichttheil in Gestalt eines Vermächtnisses hinterlassen, so kann aus eben diesem Grunde dem Haupterben in dieser Beziehung die Vorschrift des §. 685 nicht zu Guten kommen. Jedoch versteht es sich wohl von selbst, daß in dem Falle, als der Erblasser den Notherben zu enterben berechtiget gewesen wäre, sich dieser die Einschränkungen des Pflichttheiles gefallen lassen müsse.

3) Wird dem Notherben ein größerer Erbtheil zugedacht, so kann die Belastung nur auf den Theil, welcher den Pflichttheil übersteigt, bezogen werden; ausgenommen der Erblasser hätte seine Verfügung mit der sogenannten socinischen Clausel sanctionirt. Diese besteht nun bekanntermaßen darin, daß der Erblasser, welcher dem Notherben in Rücksicht seines Pflicht-

theils eine Belastung auflegen will, ihn noch außer dem Pflichttheile mit einem Vortheile bedenket, dabey aber auch ausdrücklich verordnet, daß er, wenn er sich die Belastung nicht gefallen lassen wollte, nicht mehr als den Pflichttheil haben solle. In diesem Falle hängt es von der freyen Wahl des Notherben ab, ob er sich die seinem Pflichttheile auferlegte Belastung gefallen lassen, und den auf solchen Fall zugedachten größeren Vortheil annehmen, oder im entgegengesetzten Falle sich mit dem bloßen Pflichttheile begnügen wolle. — Gibt der Erblasser dem Notherben einen Auftrag, dessen Erfüllung mit Mühe und Kösten verbunden ist, so ist er ihn nur in so weit zu befolgen schuldig, als er aus denn Uebermaße des Pflichttheiles bestritten werden kann, wobey demselben noch frey stehen muß, nebst den Auslagen auch seine Bemühung in Anschlag zu bringen. — Ist der Auftrag von der Art, daß der hinterlassene Erbtheil selbst den Gegenstand desselben ausmacht, z. B. der Erblasser mache hinsichtlich desselben eine fideicommissarische Substitution, so wird selbe nur auf den übersteigenden Erbtheil bezogen. — Ist aber der Auftrag von der Art, daß er weder den Erbtheil zur Gegenstande hat, noch auch in eine Schätzung gebracht werden kann, so muß ihn der Notherbe erfüllen oder sich mit dem Pflichttheile begnügen. Unmögliche und unerlaubt auflösende Bedingungen sind überhaupt ungültig, und können daher hier nicht einmahl auf das Uebermaß des Pflichttheiles einwirken.

§. 775.

Rechtsmittel des Notherben: a) Bey einer widerrechtlichen Enterbung oder Verkürzung in dem Pflichttheile.

Ein Notherbe, welcher ohne die in den §§. 768—773 vorgeschriebenen Bedingungen enterbt worden, kann den ihm gebührenden vollen Pflichttheil; und wenn er in dem reinen Betrage des Pflichttheils verkürzt worden ist, die Ergänzung desselben fordern.

1) Der Notherbe kann in seinem Rechte auf einen Pflichttheil sowohl durch Verfügungen unter Lebenden, als

durch die letztwilligen Anordnungen verletzt werden. Unter die erstere Art sind besonders pflichtwidrige Schenkungen zu zählen, von denen im §. 951 gehandelt werden wird. Aber auch durch die Ehepacten scheint der Pflichttheil der Kinder auf mancherley Art und Weise beeinträchtiget werden zu können. — Bey Bestimmung des Heirathsgutes kann eine Verletzung des Pflichttheiles eintreten, wenn ausgemacht wird, daß der Mann, wenn er seine Gattinn überlebt, das in solchen Sachen bestehende Heirathsgut, worüber der Ehegatte nach §. 1228 keine Eigenthumsrechte erlangt, und das nach den Gesetzen den Notherben anheimfiele, nicht zurückstellen dürfe. Denn durch diese Bestimmung wird festgesetzt, daß der Mann jene Sachen, welche bis zum Tode der Ehegattin als ihr Eigenthum angesehen werden müssen, erst nach ihrem Tode eigenthümlich bekommen soll; nun besteht aber der Nachlaß eines Verstorbenen in dem Inbegriffe der Rechte und Verbindlichkeiten desselben, welche ihm noch im letzten Momente seines Lebens angehörten und oblagen (§. 531); sohin ist klar, daß die dem Manne als Heirathsgut verschriebenen Sachen noch in das Activ-Vermögen des Verlasses gehören; dagegen die Verbindlichkeit, dieselben dem Ehegatten als Eigenthum zu überlassen, in den Passivstand nicht aufgenommen werden könne, weil die Ehegattinn, so lange sie bey Leben war, nicht verpflichtet gewesen ist, die mehrerwähnten Sachen ihrem Ehegatten als Eigenthum abzutreten, sondern diese Verbindlichkeit erst mit ihrem Tode entstand. Sie ist sohin keine noch bey Lebzeiten des Erblassers auf dem Vermögen haftende Last, und kann sohin auch bey Berechnung des Pflichttheiles von der Masse nicht abgerechnet werden (§. 785). Eben so kann bey Bestimmung der Widerlage der Pflichttheil der Notherben widerrechtlich verkürzt werden, wenn die Größe derselben mit der Verlaßmasse nicht in dem gehörigen Verhältnisse steht, weil die Widerlage eine Last ist, welche erst nach dem Tode des Ehegatten auf der Verlassenschaftsmasse zu ruhen anfängt. — Durch die Errichtung einer Gütergemeinschaft unter Ehegatten, in so fern sie nur auf den Todesfall verstanden wird, kann eine Verletzung des Pflichttheiles

dann eintreten, wenn sich die Vermögens-Umstände des überlebenden Ehegatten in einem cridamäßigen Zustande befinden. — Der Witwengehalt ist gleichfalls eine Last, welche erst mit dem Tode des Erblassers beginnt, es darf daher selber bey Bemessung des Pflichttheils nicht in Abzug gebracht werden. — Da den Notherben ihr Pflichttheil ganz frey bleiben muß, so sind dieselben in dem Falle, als sie nur auf den Pflichttheil eingesetzt sind, nicht verbunden, zur Ergänzung des Witwengehaltes einen Beytrag zu leisten, sondern diese Last liegt allein dem eingesetzten Erben und aushülfsweise den Legataren ob. — Eine Pflichttheils-Verletzung kann daher hier nur in so fern gedacht werden, als der Witwengehalt so freygebig bemessen worden wäre, daß die eingesetzten Erben und Legatare nicht im Stande wären, selben aus den Interessen der ihnen zugefallenen Capitalien zu bestreiten. — Auf eine ähnliche Art kann auch durch die bestellte Fruchtnießung auf den Todesfall der Pflichttheil der Notherben verkürzt werden. Es ist gewöhnlich, daß die Ehegatten in den Ehepacten eine Anordnung einschalten, daß dem überlebenden Ehetheile die gemeinschaftlich, oder von Seite des einen Ehegatten besessene Realität um einen bestimmten Preis zufallen solle. Daß auch durch eine solche Disposition der Pflichttheil der Notherben verkürzt werden könne, liegt am Tage. — Es kann daher in einem solchen Falle auch der Notherbe darauf dringen, daß die Realität ordentlich geschätzt werde, weil sich nur aus dem Resultate der Schätzung zeiget, ob eine Pflichttheils-Verletzung hier eintrete oder nicht.

2) Besonders aber kann das Recht auf den Pflichttheil durch Verfügungen auf den Todesfall verkürzet werden, wenn nähmlich: a) der Erblasser den Notherben von der Verlassenschaft ohne rechtmäßigen Enterbungsgrund ganz ausschließt, oder b) in der letztwilligen Anordnung andere Verfügungen in der Art trifft, daß dem Notherben der ihm gesetzlich gebührende Pflichttheil nicht mehr erübriget, oder c) eine oder mehrere Personen als Universalerben eingesetzet, ohne von dem Notherben eine Erwähnung zu machen. In den beyden ersteren Fällen kann der Notherbe immer nur seinen Pflichttheil fordern, und zwar in dem sub a)

angeführten Falle den ihm gebührenden vollen Pflichttheil, in dem sub b) aber die Ergänzung desselben. — Niemahls kann aber deßwegen die Gültigkeit derjenigen letztwilligen Disposition, durch welche ihm der gesetzliche Erbtheil entzogen, oder er in seinem Pflichttheile verkürzt wurde, bestritten werden. [1]). Eine Ausnahme wäre, wenn der Erblasser einen Enterbungsgrund angeführt hätte (ob derselbe im Gesetze gegründet sey oder nicht, thut hier nichts zur Sache), welcher offenbar falsch befunden wird, und es erweislich wäre, daß der Wille des Erblassers einzig und allein auf diesem irrigen Beweggrunde beruhet hätte (§. 572). Wie der Pflichttheil durch einen Erbvertrag verkürzt werden könne, wird bey Erläuterung des §. 1249 zur Sprache kommen.

§. 776.

b) Bey einer gänzlichen Uebergehung.

Wenn aus mehreren Kindern, deren Daseyn dem Erblasser bekannt war, Eines ganz mit Stillschweigen übergangen wird; so kann es ebenfalls nur den Pflichttheil fordern.

1) In diesem und den folgenden §§. wird der oben sub c) berührte Fall abgehandelt. Hier sind wieder mehrere untergeordnete Fälle von einander zu unterscheiden. Es ist nähmlich entweder erweislich, daß sich der übergangene Notherbe einer im Gesetze gegründeten Enterbungsursache schuldig gemacht habe oder nicht. — Von dem ersteren Falle handelt der §. 782. In dem anderen Falle ist wieder zu unterscheiden, ob A) dem Erblasser das Daseyn des Notherben bekannt war, oder B) ob er von seiner Existenz keine Kenntniß hatte. — In dem letzteren Fall ist wieder zu unterscheiden: a) ob nebst dem übergangenen Notherben noch andere Notherben des Erblassers vorhanden sind, oder ob b) derselbe der einzige Notherbe ist.

1) Siehe Gesetzbuch für Westgallizien 2 Th. §§. 585 und 586, woraus klar hervorgehet, daß nach demselben ein Testament nur dann ungültig werde, wenn ein Kind in dem Testamente bloß übergangen worden ist. Auch diese Ausnahme hat nach dem gegenwärtigen Gesetzbuche Beschränkungen erhalten.

2) Hat der Erblasser einen Notherben, dessen Daseyn ihm bekannt war, folglich wissentlich übergangen, so ist es ein Zeichen, daß er gegen diesen wenig Zuneigung hatte, und ihm entweder gar nichts, oder doch wenigstens nicht mehr hinterlassen wollte, als er ihm vermög der Vorschrift der Gesetze hinterlassen muß. In einem und dem anderen Falle muß dem übergangenen Kinde der Pflichttheil zukommen; aber es ist eben so natürlich, daß dasselbe für keinen Fall auf mehr, als diesen Pflichttheil Anspruch machen könne.

3) Der gegenwärtige §. redet zwar eigentlich nur von den Kindern des Erblassers. Doch kann kein Zweifel obwalten, daß derselbe auch auf Notherben in der aufsteigenden Linie anwendbar sey; denn kein Notherbe ist berechtiget, von dem Erblasser zu fordern, daß er ihm mehr als den Pflichttheil überlasse, und mit einem geringeren Betrage darf sich auch keiner zufrieden stellen (§. 781).

§. 777.

Wenn aber aus den Umständen erwiesen werden kann, daß die Uebergehung Eines aus mehreren Kindern nur daher rühre, weil dem Erblasser das Daseyn desselben unbekannt war, so ist der Uebergangene nicht schuldig, sich mit dem Pflichttheile zu begnügen; sondern er kann den Erbtheil, welcher für den am mindesten begünstigten Notherben ausfällt; wofern aber der einzige noch übrige Notherbe eingesetzt wird, oder alle übrigen zu gleichen Theilen berufen sind, einen gleichen Erbtheil verlangen.

1) Wenn dem Erblasser das Daseyn eines Notherben in aufsteigender Linie unbekannt ist, und er deßhalb mit Stillschweigen übergangen wird, so kann dieser nur den Pflichttheil fordern; denn nur diesen ist der Erblasser dem Notherben zu hinterlassen verpflichtet. — Die Abstämmlinge des Erblassers sind aber in dieser Hinsicht von dem Gesetze mehr begünstiget. Ein aus bloßer

Unwissenheit seiner Existenz übergangener Descendent des Erblassers ist nach selbem, wie jeder andere Miterbe, zu behandeln, und nicht schuldig, sich mit dem Pflichttheile zu begnügen. Denn man hat, wie Herr Hofrath v. Zeiller in seinem Commentare zu den §§. 776 — 778 Nr. 3 bemerkt, keinen Grund anzunehmen, daß ein Erblasser sein Kind, welches er nur aus Irrthum, weil ihm dessen Existenz unbekannt war, mit Stillschweigen überging, von der Erbschaft habe ausschließen wollen; aus der Ordnung der Natur ist vielmehr das Entgegengesetzte zu vermuthen.

2) Nun kann die Frage entstehen: welchen Erbtheil das übergangene Kind erhalten soll? — Sind die übrigen Kinder (Descendenten) alle zu gleichen Theilen als Erben eingesetzt, und ist auch keines aus denselben durch zur Anrechnung geeignete Leistungen unter Lebenden begünstiget worden, oder ist nur noch ein einziges Kind vorhanden, das zum Erben eingesetzt ist; so kann aus obigem Grunde ebenfalls kein Zweifel seyn, daß der übergangene Notherbe einen gleichen Theil mit den- oder demselben anzusprechen habe. — Bey Beurtheilung der Frage jedoch, ob die vorhandenen Descendenten wirklich zu gleichen Theilen als Erben eingesetzt sind, ist sich zugleich auch der §. 559 vor Augen zu halten, welcher anordnet, daß, wenn unter den eingesetzten Erben solche zusammentreffen, wovon einige bey der gesetzlichen Erbfolge gegen die übrigen als Eine Person angesehen werden müssen, sie auch bey der Theilung aus einem Testamente nur als Eine Person betrachtet werden. Die Descendenten können daher oft scheinbar zu gleichen Theilen als Erben eingesetzt seyn, — wo sie doch in der Wirklichkeit zu ungleichen Portionen berufen sind, und umgekehrt. — Wenn z. B. der Erblasser A einen Sohn und zwey Enkel hinterläßt, und sie zu drey gleichen Theilen als Erben einsetzt, — hat er in der Wirklichkeit ungleiche Theile gemacht, indem die beyden Enkel hier nur als Eine Person angesehen werden müssen. Es ist also hier eben so viel, als wenn er zwey Kinder, und zwar eines zu einem Drittheile, das andere zu zwey Drittheilen seines Vermögens als Erben eingesetzt hätte. — Oder umgekehrt, der Erblasser hätte 5 Enkel hinterlassen, zwey Kinder seines verstorbenen Sohnes,

und drey seiner verstorbenen Tochter, und hätte angeordnet, daß jedes der beyden Kinder seines Sohnes ein Viertheil, die drey Kinder seiner Tochter aber jedes ein Sechstheil seines Vermögens erhalten soll, so hätte er eine scheinbar ungleiche, und doch in der That gleiche Vertheilung getroffen. — Man muß daher in einem solchen Falle nicht auf die Zahl der entfernteren Descendenten sehen, sondern nur die Zahl der Kinder beurtheilen, von denen sie abstammen. — Man wird daher im vorliegenden Falle sagen, der Erblasser habe die Kinder seines verstorbenen Sohnes, und die seiner verstorbenen Tochter zu gleichen Theilen als Erben eingesetzt. — Zweifelhafter würde aber der Fall dann seyn, wenn die vorhandenen mehreren Kinder zu ungleichen Theilen als Erben eingesetzt wären; allein diesen Zweifel hat der höchste Gesetzgeber durch eine ausdrückliche Disposition gelöset. — In diesem Falle muß sich nähmlich der übergangene Notherbe begnügen, daß ihm ein solcher Erbtheil zugemessen werde, welcher für den am mindesten begünstigten Notherben, zufolge der von dem Erblasser gemachten letztwilligen Disposition, ausfiel.

3) Hier können nun wieder zweyerley Fälle eintreten; denn a) entweder ist durch die letztwillige Anordnung das vorhandene Vermögen dergestalt erschöpft, daß nichts mehr zur Vertheilung übrig bleibt, wenn z. B. die vorhandenen beyden Geschwister des Notherben eines zu einem Drittheil, und das andere zu zwey Drittheilen der Verlassenschaft eingesetzt wären, oder b) das Verlassenschafts-Vermögen ist durch die Verfügung des Erblassers nicht erschöpft, wenn z. B. eines der beyden Geschwister zu einem Drittheile, das andere aber zur Hälfte des Vermögens eingesetzt wäre, in welchem Falle noch ein Sechstheil erübrigen würde. — Im ersten Falle muß die Theilung auf folgende Art vorgenommen werden: Man vermehre die Anzahl der Theile, in welches nach der Anordnung des Erblassers die Verlassenschaft aufgelöset werden soll, gerade um so viel, als der am mindesten Begünstigte Theile erhalten sollte, und theile den bereits eingesetzten Erben von diesen Theilen eben so viel zu, als sie nach dem Antrage des Erblassers nach der von ihm bestimmten Theilung erhalten sollten. — Setze man: der Erblasser A habe seine Söhne B und C zu

Erben eingesetzt, dergestalt, daß B 4/7 und C 3/7 Theile erhalten solle. Da nun der am mindesten begünstigte C 3 Theile zu erhalten hat, so addire man diese 3 zu dem Nenner hinzu, und theile sohin die ganze Masse in zehn Theile; hiervon erhält B 4, C 3 und der Sohn D, dessen Daseyn dem Erblasser unbekannt war, gleichfalls 3 Theile. Auf diese Art und Weise erhält der übergangene Sohn so viel, als der von dem Erblasser am mindesten Begünstigte, und das Verhältniß gegen den am meisten Begünstigten bleibt sich gleich.

4) Schwieriger scheint aber der Fall, wenn der Erblasser bey der Vertheilung die Masse nicht erschöpfte, wenn er z. B. anordnete, daß B vier Siebentel Theile und C zwey solche Theile der Verlassenschaft erhalten solle. Hier ist nun wieder zu unterscheiden, ob er über den übrig bleibenden siebenten Theil eine Verfügung machte oder nicht. Machte er hierüber keine Verfügung, so fällt derselbe nach §. 556 den gesetzlichen Erben zu, welche im vorliegenden Falle die eingesetzten Erben selbst sind. Es muß also in diesem Falle der erübrigte siebente Theil in sechs Theile getheilet werden, wovon dem B vier Theile und dem C zwey Theile zukommen. Bringt man alle unter einen gemeinschaftlichen Nenner, so wird dem B 28/42 und dem C 14/42 zukommen. Denn man müßte annehmen, daß der Erblasser sich bey der Vertheilung bloß verrechnet habe. Kömmt nun aber noch der dritte, bisher unbekannt gewesene, Sohn D zur Theilung, so wird ganz auf die nähmliche Art, wie Nr. 3 angegeben worden ist, verfahren. Das Resultat würde dann seyn, daß der B 28/56, der C 14/56 und der D gleichfalls 14/56 erhalten würde. Ginge aber aus der Verfügung des Erblassers hervor, daß er sich nicht verrechnet, sondern bloß gewollt habe, daß B 4/7 und C 2/7 der Masse im Voraus erhalten, den Ueberrest aber gleich theilen sollen, so würde, wenn man alle Bruchtheile unter einen gleichen Nenner bringt, der B 9/14 und der C 5/14 bekommen. Kömmt nun noch der D hinzu, so wird der Nenner um 5 vermehrt, und es erhält daher der B 9/19, der C 5/19 und der D gleichfalls 5/19. Hat aber der Erblasser über den übrigen Theil disponirt, indem er einen Fremden als Erben

dieses Antheiles einsetzte, so entsteht vor Allem die Frage, ob dieser Fremde auch einen Theil seiner Erbschaft zur Ergänzung desjenigen Betrages, welcher dem aus Irrthum übergangenen Notherben zuzukommen hat, beytragen müsse? welche Frage ohne Zweifel bejahend beantwortet werden muß (§. 783). Die Berechnung würde sich daher in diesem Falle auf folgende Art gestalten. — Setze man z. B. den Fall: der Erblasser A habe seinen Sohn B zu vier Achtel, seinen Sohn C zu drey Achtel und den Sempronius zu einem Achtel der Verlassenschaft als Erben eingesetzt. — Der aus Irrthum übergangene Notherbe D hat also eben so viel zu erhalten, als der am wenigsten begünstigte Notherbe C. Es wird daher, nach der bereits oben aufgestellten Regel, der Nenner um 3 vermehrt, woraus sich ergibt, daß B vier Eilftel, C drey Eilftel, der D ebenfalls drey und der Sempronius ein Eilftel der ganzen Verlassenschaft zu erhalten habe. — Aus diesem Beyspiele ergibt sich zugleich, daß auf diese Art und Weise der Wille des Erblassers möglichst in Erfüllung gebracht werde. Denn indem er anordnete, daß B vier Achtel, der C drey Achtel und der Sempronius ein Achtel der Verlassenschaft erhalten sollen, hat er zugleich seinen Willen deutlich dahin erkläret, daß Sempronius nur den vierten Theil des dem B zukommenden, und den dritten Theil, des dem C zugedachten Betrages bekommen solle, was bey dieser Vertheilungsart wirklich geschieht; ja, wenn man den Antheil des D als eine Last der Verlassenschaft von der ganzen Masse in Abzug bringt, so zeigt sich auch, daß dem Sempronius wirklich ein Achtel der reinen Erbschaft zufalle. — Nehme man an, die ganze Masse betrage 88000 fl., so würde der B erhalten 32000 fl., der C 24000 fl. der D gleichfalls 24000 fl. und der Sempronius 8000 fl. Zieht man nun früher die dem D gebührenden 24000 fl. von diesen 88000 fl. ab, so bleibt eine Erbschaft von 64000 fl.; hiervon beträgt der achte Theil 8000 fl., also gerade so viel, als dem Sempronius nach der früheren Rechnungs-Methode zugekommen seyn würde.

5) Was ist aber in Ansehung des übergangenen Notherben Rechtens, wenn der Erblasser einen der eingesetzten Notherben

in seinem Pflichttheile verkürzt hat? Hier ist zu unterscheiden, ob demselben eine rechtmäßige Enterbungsursache zur Last falle oder nicht. Ist das Letztere der Fall, so kann der verkürzte Notherbe die Ergänzung seines Pflichttheiles fordern, dieses kann auch der übergangene Notherbe; aber ein Mehreres nicht. — Denn auf diese Art und Weise ist er den durch letztwillige Verfügung am mindesten Begünstigten gleich gestellt. Hat sich aber der durch die letztwillige Anordnung in seinem Pflichttheile verletzte Notherbe einer rechtmäßigen Enterbungsursache schuldig gemacht, so muß er sich natürlich mit dem von dem Erblasser ihm zugedachten Antheile begnügen, und er kann auf die Ergänzung des Pflichttheiles nicht dringen; dagegen ist es wohl eine ausgemachte Sache, daß der übergangene Notherbe sich hier mit jenem Betrage nicht zufrieden stellen müsse, welchen dieser am mindesten begünstigte Notherbe zu erhalten hat, sondern zum wenigsten auf seinen vollen Pflichttheil Anspruch machen könne. — Denn der gegenwärtige §. setzt offenbar voraus, daß auch der am mindesten Begünstigte zum wenigsten seinen Pflichttheil erhalte. — Ich glaube aber, daß in diesem Falle der übergangene Notherbe sich mit dem Pflichttheile allein nicht begnügen müsse, sondern einen gleichen Antheil mit dem am mindesten begünstigten Notherben ansprechen könne, welchem keine Enterbungsursache zur Last fällt. Denn der Erblasser wäre eigentlich dem verkürzt scheinenden Notherben gar nichts zu hinterlassen schuldig gewesen, und dieser hat sohin aufgehört, in diesem speciellen Falle die Rechte eines Notherben zu genießen. — Daß übrigens derselbe ebenfalls einen verhältnißmäßigen Theil des ihm zukommenden Betrages zur Ergänzung desjenigen, was dem neu hervorgekommenen Notherben zuzufallen hat, abtreten müsse, ist aus dem sub Nr. 3 erörterten Sachverhältnisse ersichtlich.

6) Da es nach dem Gesetzbuche keineswegs nothwendig ist, daß der Erblasser seine Notherben wirklich als Erben einsetze, sondern es genügt, wenn er ihnen Vermächtnisse hinterläßt, die den Betrag des Pflichttheiles erreichen: so ist auch der Fall gedenkbar, daß der Erblasser unter mehreren Notherben einen oder den anderen von der Erbschaft ausschließe, dagegen aber demselben

eine bestimmte Summe oder Sache vermache. — Wie ist nun in diesem Falle die Berechnung zu machen, wenn ein bisher unbekannter Notherbe an der Verlassenschaft Theil nehmen soll? — kommt hierbey auch der mit einem Legate bedachte Notherbe zu berücksichtigen, oder ist bloß auf die mit bestimmten Quoten der Verlassenschaft bedachten Notherben zu sehen? — Bey Beantwortung dieser Frage ist vorerst in Erwägung zu ziehen, was das Gesetz in diesem §. unter dem Ausdruck „Erbtheil" verstehe. — Es wird nähmlich derselbe von dem Gesetzgeber in einer zweyfachen Bedeutung genommen, bald bedeutet er einen Theil der Verlassenschaft überhaupt, welchen Jemand als Erbe oder Legatar in Anspruch zu nehmen hat (§. 535); bald einen in Bezug auf das Ganze bestimmten Theil der Verlassenschaft, den Jemand in der Eigenschaft als Erbe insbesondere zu fordern hat (§. 556). — Die grammatische Auslegung scheint hierüber keine genügenden Auskünfte zu geben, da der Ausdruck „Erbtheil" in dem 14. Hauptstücke von dem Pflichttheile und der Anrechnung selbst eine zweyfache Bedeutung hat, ja sogar in einem und dem nähmlichen §. in einem doppelten Sinne erscheint (§. 774). Es muß daher hier zur logischen Auslegung die Zuflucht genommen, und aus der deutlich hervorleuchtenden Absicht des höchsten Gesetzgebers die wahre Bedeutung des Ausdruckes „Erbtheil" erforschet werden. — Auf diesem Wege muß man aber ohne Zweifel zu dem Resultate gelangen, daß der Ausdruck „Erbtheil" hier in der weiteren Bedeutung genommen werden müsse, dem zu Folge er einen Theil der reinen Verlassenschaft überhaupt bezeichnet, gleichviel, ob er in einem auf das ganze Vermögen bestimmten Theile, oder in einer gewissen Summe oder Sache bestehe. Denn setzen wir den Fall, A, welcher kurz vor seinem Tode ein Testament errichtet, und ziemlich genaue Kenntniß von seinen Vermögens-Verhältnissen besessen hat, hinterlasse seinen Notherben bestimmte Summen oder Sachen, zu dem unbedeutenden Ueberreste setze er aber einen Dritten als Erben ein; hier müßte, wenn der Ausdruck „Erbtheil" in der engeren Bedeutung des Wortes genommen werden sollte, sich der übergangene Notherbe offenbar mit dem Pflichttheile begnügen. Dieses würde aber gewiß der Absicht

des höchsten Gesetzgebers entgegen laufen, welcher will, daß in einem solchen Falle, wo der Erblasser alle Notherben gleich gehalten wissen wollte, auch der übergangene Notherbe nicht kürzer, als der andere gehalten seyn soll, weil anzunehmen ist, daß der Erblasser, der zwischen den ihm bekannten Notherben keinen Unterschied machte, sondern einen so wie den anderen bedachte, auch den aus Irrthum übergangenen Notherben den übrigen gleich gehalten hätte, wenn ihm dessen Daseyn bekannt gewesen wäre.

7) Es scheint übrigens kein Zweifel zu seyn, daß auch hier die zur Anrechnung geeigneten Posten in Anschlag zu bringen seyen, wenn auch der §. 790 anordnet, daß bey der Erbfolge der Kinder aus einem letzten Willen die Anrechnung nur dann geschehe, wenn sie von dem Erblasser ausdrücklich angeordnet wird; denn hier handelt es sich nicht eigentlich darum, daß die Anrechnung wirklich vor sich gehe, sondern nur um die Entscheidung der Frage: welches aus den Kindern als das am mindesten begünstigte angesehen werden müsse? — Nun scheinet doch kein Zweifel darüber erhoben werden zu können, daß dasjenige Kind als das am meisten begünstigte erscheine, dem mit Hinzuschlagung desjenigen, was es bereits bey Lebzeiten an anrechnungsfähigen Posten, sohin a conto seines Erbtheiles erhalten hat, zu demjenigen, was dasselbe nach der letztwilligen Verfügung des Erblassers erhält, mehr als die übrigen im gleichen Verhältnisse stehenden, oder bey Lebzeiten gar nicht bedachten Kinder von dem Erblasser am meisten zugedacht wurde, und so umgekehrt. Denn der Erblasser konnte ja eben darum, weil er das eine Kind schon bey Lebzeiten bedacht hatte, dasselbe bey seiner letztwilligen Verfügung kürzer als das andere Kind halten, und es ist, wenn er eine andere Ursache nicht beygesetzt hat, sogar wahrscheinlich, daß er es aus diesem Grunde gethan habe. Wollte man behaupten, daß in diesem Falle auf die bereits früher gemachten, zur Anrechnung geeigneten Leistungen keine Rücksicht genommen werden dürfe, so müßte man sich schwerlich zu rechtfertigende Folgerungen gefallen lassen. — Denn gesetzt: der Erblasser hätte drey Kinder A, B und C hinterlassen, der C wäre von demselben aus Nicht-Kenntniß seiner Existenz übergangen worden, der A aber hätte vermög der letzt-

willigen Anordnung des Erblassers in Berücksichtigung der bereits bey Lebzeiten erhaltenen Ausstattung weniger erhalten, als der Pflichttheil des noch nicht begünstigten Kindes B beträgt, aber auch mehr, als er empfangen hätte, wenn er bloß auf den Pflichttheil eingesetzt wäre; was würde in diesem Falle der übergangene C erhalten? — Offenbar dürfte er sich nicht gefallen lassen, mit dem A gleichgestellt zu werden, da er in diesem Falle nicht einmahl seinen Pflichttheil erhalten würde, welcher ihm doch immer bleiben muß; es stünde ihm daher bevor, den ihm gebührenden Pflichttheil in Anspruch zu nehmen. Allein in diesem Falle wäre er dann mit dem A, welcher hier als der am mindesten begünstigte angesehen wird, nicht gleich gestellt, welche Gleichstellung doch offenbar in der Absicht des höchsten Gesetzgebers, wie er sie im gegenwärtigen §. unzweydeutig ausspricht, gelegen ist. — Denn gleich begünstigt würden beyde Theile nur dann erscheinen, wenn auch der A nur auf den Pflichttheil eingesetzt wäre, allein in diesem Falle würde A weniger erhalten, als ihm durch die Verfügung des Erblassers zugedacht worden ist. A wäre daher hier nothwendig mehr begünstigt als C, was offenbar gegen die Absicht des höchsten Gesetzgebers und dem deutlichen Sinne des gegenwärtigen §. streitet. Zudem müßten eben wegen Bestimmung des Pflichttheiles diese Anrechnungsposten in Anschlag gebracht, — folglich könnten sie nie außer aller Berücksichtigung gelassen werden.

8) Hätte der Erblasser mehrere Kinder aus einem solchen Irrthume mit Stillschweigen übergangen, so hätte ohne Zweifel ein Jedes aus denselben einen mit dem am mindesten begünstigten Kinde gleichen Erbtheil anzusprechen. — Nur müßte auch in dem Falle, als eines aus denselben schon bey Lebzeiten einige der im §. 788 benannten Gaben erhalten hätte, sich dasselbe die Anrechnung gefallen lassen. Der §. 790 steht dieser Behauptung nicht entgegen, weil die von dem Erblasser übergangenen Kinder nicht aus seinem letzten Willen, sondern zufolge der Anordnung des Gesetzes erben. Auch der Grund, worauf die Disposition des §. 790 beruhet, und welcher bey Erklärung dieses §. berühret ist, kann bey den übergangenen Kindern nicht

eintreten. — Würden die eingesetzten Kinder vor dem Erblasser mit Tode abgegangen seyn, so würden die übergangenen Kinder ganz allein als Erben nach dem Gesetze eintreten, und es würde sohin bey der gesetzlichen Erbfolge ganz natürlich die Anrechnung Statt finden.

9) Aus dem Eingange dieses §. ist zu schließen, daß im Zweifel, ob die Uebergehung eines Kindes von Seite des Erblassers absichtlich geschehen sey, oder ob sie aus einem Irrthume herrühre, das erstere angenommen werden müsse, und der Beweis des Gegentheiles demjenigen obliege, dessen rechtliches Interesse durch diese Annahme gefährdet erscheint. — Dieser Beweis wird dadurch geführet, daß die Thatumstände, aus welchen sich der Irrthum des Erblassers folgern läßt, angegeben und außer Zweifel gesetzt werden, wornach es dem vernünftigen Ermessen des Richters auch anheimgestellt bleiben muß, zu beurtheilen, ob diese Umstände von der Art sind, daß mit Verläßlichkeit auf die Nicht-Kenntniß des Erblassers geschlossen werden kann.

§. 778.

Hat der Erblasser einen einzigen Notherben, und er übergeht ihn aus oben gedachtem Irrthume mit Stillschweigen, oder erhält ein kinderloser Erblasser erst nach Erklärung seines letzten Willens einen Notherben, für den keine Vorsehung getroffen ist; so werden nur die zu öffentlichen Anstalten, zur Belohnung geleisteter Dienste, oder zu frommen Absichten bestimmten Vermächtnisse in einem, den vierten Theil nicht übersteigenden, Betrage verhältnißmäßig entrichtet, alle übrigen Anordnungen des letzten Willens aber gänzlich entkräftet. Sie erlangen jedoch, wenn der Notherbe vor dem Erblasser verstorben ist, wieder ihre Kraft.

1) Hat der Erblasser sein einziges Kind aus Irrthum übergangen, so ist aus der gesetzlich anerkannten Ordnung der Natur (§. 730) zu vermuthen, daß er, wenn er nicht von diesem Irrthume befangen gewesen wäre, er dasselbe zum Alleinerben eingesetzt haben würde; es müssen sohin alle übrigen Erbeseinsetzungen nothwendig zerfallen.

2) Zweifelhafter ist in legislatorischer Hinsicht die Beantwortung der Frage, ob, und wie fern die in einer solchen Willens-Erklärung vorkommenden Vermächtnisse gelten? — Alle Vermächtnisse aus diesem Grunde für ungültig zu erklären, würde eine zu übertriebene Sorgfalt für die Rechte des übergangenen Kindes seyn, da kein Grund vorhanden ist, anzunehmen, daß, wenn der Erblasser von der Existenz dieses Kindes Wissenschaft gehabt hätte, er gar kein Vermächtniß gemacht haben würde; aber eben so wenig kann es gebilliget werden, alle Vermächtnisse ohne Unterschied bestehen zu lassen, weil man vermuthen muß, daß der Erblasser, wenn er bey Errichtung des letzten Willens sich der Nachkommenschaft bewußt gewesen wäre, nicht so viele, oder nicht so beträchtliche Legate angeordnet haben würde. Der österreichische Gesetzgeber ließ demnach nur jene Vermächtnisse, die jeder billig denkende Erblasser zu hinterlassen pflegt, und auch diese nur in einem zu der Erbschaft des Notherben, der doch nach der im §. 777 deutlich an Tag gelegten Absicht des Gesetzgebers mehr als den Pflichttheil erhalten soll, im Verhältnisse stehenden Betrage gelten; alle übrigen, die Erbschaft schmälernden Anordnungen werden dadurch entkräftet.

3) Das Nähmliche gilt auch, wenn einem kinderlosen Erblasser erst nach Erklärung seines letzten Willens ein Notherbe geboren wird. Allein was in dem Falle Rechtens sey, wenn dem bereits mit einem oder mehreren Kindern versehenen Erblasser nach Erklärung seines letzten Willens noch eines geboren wird, hat der Gesetzgeber durch keine ausdrückliche Anordnung bestimmt. — Aber es ist klar, daß dieser nach der Hand geborne Notherbe von der Erbschaft nicht ganz ausgeschlossen werden könne; es fragt sich daher nur, ob er sich mit dem für ihn

ausfallenden Pflichttheile allein begnügen müsse, oder gleichfalls etwas Mehreres in Anspruch nehmen könne? — Nach meiner Ueberzeugung muß das Letztere behauptet werden. Denn im Mangel einer ausdrücklichen gesetzlichen Bestimmung hierüber ist nach Weisung des §. 7 auf ähnliche in dem Gesetze bestimmt entschiedenen Fälle, und auf die Gründe anderer damit verwandten Gesetze Rücksicht zu nehmen. — Nun ist der Fall, da der Erblasser einen Notherben aus bloßer Nicht-Kenntniß seiner Existenz mit Stillschweigen übergeht, sehr ähnlich mit dem, wenn ihm erst nach der Hand ein Notherbe geboren wird; auch hat das Gesetz im gegenwärtigen §. diesen beyden Fällen gleiche Wirkung beygelegt, daher nicht gezweifelt werden darf, daß dieselben im vorerwähnten Falle ebenfalls gleiche Rechtsfolgen haben müssen.

4) Nach strenger juridischer Consequenz müßte die letztwillige Anordnung des Erblassers, welcher sein Kind aus Irrthum mit Stillschweigen übergeht, da selbe gleich ursprünglich als ungültig angesehen werden muß, auch in der Folge immer für ungültig gehalten werden, wenn auch späterhin das übergangene Kind mit Tod abgegangen wäre. — Allein der Gesetzgeber hat hier ausdrücklich das Gegentheil verfügt, welches auch ganz den Forderungen der Billigkeit entspricht, da einzig nur zu Gunsten des aus einem bloßen Irrthume übergangenen Notherben die letztwillige Anordnung des Erblassers entkräftet wurde, folglich nach behobenem Hinderniße kein Anstand mehr entgegensteht, dieselbe in Wirksamkeit treten zu lassen.

5) Da das Gesetz §. 691 dem Legate des Unterhaltes vor allen übrigen Vermächtnissen den Vorzug gibt, und nach dieser gesetzlichen Vorschrift dieses Legat auch vor den zu öffentlichen Anstalten, zur Belohnung geleisteter Dienste, oder zu frommen Absichten bestimmten Vermächtnissen entrichtet werden muß, und die Gesetzesstellen im Zusammenhange ausgelegt werden müssen: so kann man auch nicht annehmen, daß das Legat des Unterhaltes in dem Falle, von welchem der gegenwärtige §. handelt, als ungültig wegfallen sollte. — Ich habe schon bey Erläuterung des §. 691 bemerkt, daß das Legat des Unterhal-

tes seiner Rechtswirkung nach gleichsam so anzusehen sey, als ob selbes ein von dem Erblasser der übrigen Legataren auferlegtes Weitervermächtniß wäre [1]).

§. 779.

Wenn ein Kind vor dem Erblasser stirbt, und Abstämmlinge hinterläßt; so treten diese mit Stillschweigen übergangenen Abstämmlinge in Ansehung des Erbrechtes an die Stelle des Kindes.

1) Diese Vorschrift geht, wie v. Zeiller bemerkt, von der Bedingung aus, daß ein Kind von dem Erblasser (Vater oder Mutter) übergangen, daß es noch vor dem Erblasser verstorben, und daß auch seine Abstämmlinge von demselben übergangen worden seyen. Denn ein nach dem Erblasser verstorbenes Kind überträgt schon, nach den obigen allgemeinen Vorschriften, seine Rechte auf seine Nachfolger, und wenn die Abstämmlinge eines übergangenen, vor dem Erblasser verstorbenen Kindes ausdrücklich zu dem Pflichttheile berufen sind, so müssen sie sich damit zufrieden stellen.

2) Allein unter den vorausgesetzten Bedingungen treten die Abstämmlinge in das Erbrecht ihres Vaters oder ihrer Mutter, sie können dasjenige Recht ausüben, was ihm oder ihr selbst, wenn er (sie) den Erblasser überlebt hätte, zugestanden wäre. Denn es ist bereits §. 763 dargethan worden, daß die Enkel den Pflichttheil keineswegs jure proprio, sondern lediglich jure repraesentationis ihrer Aeltern zu fordern haben. Diese Abstämmlinge können daher, je nachdem einer aus den §§. 776 — 778 erwähnten Fällen eintritt, entweder bloß den Pflichttheil oder den Erbtheil, welcher für den am mindesten begünstigten Notherben ausfällt, oder mit Ausnahme einiger Legate, den ganzen Erbtheil fordern. Im Falle, daß dem übergangenen Kinde eine gesetzliche Enterbungsursache zur Last fällt, haben dessen Abstämmlinge aus dem eben erwähnten Grunde

1) Von dem Einfluß einer vertragsmäßigen letzten Willens-Erklärung auf den Pflichttheil siehe §. 956.

gar keinen Anspruch auf einen Erbtheil. Denn der gegenwärtige §. ordnet unbedingt an, daß selbe an die Stelle des Kindes des Erblassers, sohin an die ihres Vaters oder ihrer Mutter treten.

§. 780.

Die Abstämmlinge eines in dem letzten Willen ausdrücklich enterbten, aber vor dem Erblasser verstorbenen Kindes sind bloß befugt, den Pflichttheil zu verlangen.

Das Gesetz macht hier keinen Unterschied, ob die Enterbung rechtmäßig geschehen sey oder nicht; es scheint daher, daß auch wir keinen machen dürfen, und die hier ausgesprochene Verfügung für beyde Fälle geltend zu machen haben. Allein, wenn man diese gesetzliche Anordnung etwas tiefer untersucht, so scheint es vielmehr, daß behauptet werden müsse, die Abstämmlinge eines in dem letzten Willen aus einer gesetzmäßigen Ursache rechtmäßig enterbten, vor dem Erblasser verstorbenen Kindes seyen keinen Pflichttheil zu fordern berechtiget. — Aus Gründen: a) ist bereits oben nachgewiesen worden, daß die Abstämmlinge der Notherben den Pflichttheil nicht aus eigenen, sondern aus dem Vorstellungsrechte ihrer Aeltern in Anspruch zu nehmen haben. Aus diesem folgt, nach strenger rechtlicher Consequenz, daß auch die Nachkommen das Notherben kein mehreres Recht haben können, als diesem selbst zugestanden wäre; da also dem rechtmäßig enterbten Notherben kein Recht auf den Pflichttheil zugekommen seyn würde, so können auch dessen Nachkommen ihn nicht fordern. b) Haben wir so eben im vorigen Paragraphe gehört, daß die Abstämmlinge eines vor dem Erblasser verstorbenen und übergangenen Kindes in dem Falle, als erweislich wäre, daß sich dieses Kind einer im Gesetze gegründeten Enterbungsursache schuldig gemacht habe, keinen Pflichttheil ansprechen können, weil sie in Ansehung des Erbrechtes an die Stelle ihrer Ascendenten treten. Nun läßt sich kein Grund denken, warum der Gesetzgeber die Abstämmlinge eines stillschweigend enterbten Kindes härter behandelt haben sollte, als die des ausdrücklich Enterbten. c) Vielmehr

gehet aus der Textirung des gegenwärtigen §. klar hervor, daß der Gesetzgeber die Rechte der Abstämmlinge des ausdrücklich Enterbten im Entgegenhalte der des mit Stillschweigen übergangenen mehr beschränken wollte, indem er sich des Ausdruckes bedient, daß sie bloß den Pflichttheil zu fordern haben. — Dieser Ausdruck zeigt deutlich an, daß dem Gesetzgeber bey Erlassung dieser Vorschrift hauptsächlich jene Fälle vor Augen geschwebt haben, in welchen die Nachkommen des mit Stillschweigen übergangenen Notherben mehr als den Pflichttheil zu fordern haben. d) Ist der folgende §. 781 ganz auf die nähmliche Art, wie der gegenwärtige §. abgefaßt. Auch hier heißt es, daß, wenn ein Notherbe der aufsteigenden Linie mit Stillschweigen übergangen wird, derselbe immer nur den Pflichttheil aus der Masse fordern könne. Betrachtet man diesen §. losgerissen von allen übrigen Paragraphen des bürgerlichen Gesetzbuches, so müßte man nothwendig daraus folgern, daß, wenn diesem Stillschweigen auch eine rechtmäßige Enterbungsursache zum Grunde liege, der Notherbe der aufsteigenden Linie doch den Pflichttheil zu fordern habe. Ja die Worte des §. 781 scheinen dieses noch deutlicher auszudrücken, als die des gegenwärtigen, weil sich der Gesetzgeber im ersteren des Ausdruckes „immer" bediente, was er im letzteren nicht that. Dessen ungeachtet wird Niemand den §. 781 auf obige Art und Weise auslegen, weil der §. 782 gleich darauf das Gegentheil ausspricht. Es zeigt sich vielmehr deutlich, daß der Gesetzgeber die Worte immer nur gleichbedeutend mit dem Ausdrucke „nie mehr" genommen habe, und man ist aus der vollkommenen Aehnlichkeit der §§. 780 und 781 auch berechtiget zu schließen, daß er das Wort bloß in dem ersterem §. ebenfalls in dieser Bedeutung genommen habe. — Textirt man aber gegenwärtigen §. auf folgende Weise: „Die Abstämmlinge eines in dem letzten Willen ausdrücklich enterbten, aber vor dem Erblasser verstorbenen Kindes sind nie befugt, mehr als den Pflichttheil zu verlangen", so sieht man deutlich, daß sich aus den Worten dieser Gesetzesstelle nicht folgern lasse, daß dieselben in allen möglichen Fällen auf einen Pflichttheil einen Anspruch zu machen haben. —

Endlich e) wird diese Ansicht noch durch die Stellung des gegenwärtigen Paragraphes bestätiget. Denn die §§. 775—778 reden offenbar von solchen Notherben, die sich keiner rechtlichen Enterbungsursache schuldig gemacht haben; es ist daher auch anzunehmen, daß der höchste Gesetzgeber, als er von den Bestimmungen der Rechte des Enterbten auf die der Nachkömmlinge desselben übergeht, die Nachkömmlinge desjenigen Enterbten verstanden habe, dessen Rechte er früher bestimmt hatte, nähmlich des widerrechtlich Enterbten.

§. 781.

Wird ein Notherbe der aufsteigenden Linie mit Stillschweigen übergangen, so kann er immer nur den Pflichttheil aus der Masse fordern.

1) Die Ascendenten hatten (mit Ausnahme von Westgallizien) vor Erscheinung dieses bürgerlichen Gesetzbuches in den österreichischen Staaten kein Recht auf einen Pflichttheil; sie genießen auch bey der Intestat-Erbfolge nach dem gegenwärtigen Gesetzbuche nicht gleiches Recht mit den Abstämmlingen, da in dem Falle, als nur ein Aelterntheil vorhanden ist, derselbe die Erbschaft mit den Abstämmlingen des verstorbenen Theils, und respect. seinen eigenen Abstämmlingen theilen muß, da umgekehrt ein Descendent die Erbschaft nie mit dem anderen Aeltertheile zu theilen hat, (§. 733—735); es ist daher auch ganz erklärbar, daß der Gesetzgeber auch hier den Notherben aufsteigender Linie nicht ganz gleiches Recht mit denen der absteigenden Linie einräumet. — Ein solcher Notherbe muß sich, wenn ihm auch der Erblasser aus Irrthum mit Stillschweigen übergangen hätte, immer nur mit dem Pflichttheile begnügen. — Die Uebergehung eines Notherben der aufsteigenden Linie wird einer Enterbung gleichgehalten (§. 782).

2) Ist ein solcher übergangener Notherbe noch vor dem Erblasser verstorben, so können seine Abstämmlinge, welche ganz natürlich die Geschwisterte des Erblassers sind, nicht einmahl den Pflichttheil ansprechen. Denn obschon die Enkel aus dem Vorstellungsrechte ihrer Aeltern den Pflichttheil anzusprechen haben, so

dehnet sich dieses Vorstellungsrecht nicht auch auf die Abstämmlinge der Aeltern aus. Wenn aber der Notherbe bald nach dem Erblasser verstorben wäre, so können sie als testamentarische oder gesetzliche Erben in seinem Nahmen eine pflichtwidrige Uebergehung oder Enterbung anfechten (§§. 732 und 778).

§. 782.

Wenn der Erbe beweisen kann, daß ein mit Stillschweigen übergangener Notherbe sich einer der in den §§. 768 — 770 angeführten Enterbungsursachen schuldig gemacht hat; so wird die Uebergehung als eine stillschweigende rechtliche Enterbung angesehen.

1) Die Enterbung ist ein gesetzmäßig erklärter Wille des Erblassers, daß ein Notherbe von der Erbschaft ausgeschlossen seyn soll (§. 768 Nr. 1). Diese Erklärung kann entweder ausdrücklich mit Worten (ausdrückliche Enterbung), oder stillschweigend durch solche Handlungen geschehen, welche mit Ueberlegung aller Umstände keinen vernünftigen Grund an dem Willen des Erblassers, dem Notherben die Erbschaft zu entziehen, zu zweifeln übrig lassen (§. 863). Als eine solche Handlung, woraus auf eine Enterbung zu schließen ist, erkläret der Gesetzgeber nun die Errichtung eines Testamentes, worin des Notherben gar nicht gedacht ist, in dem Falle, als demselben eine gesetzliche Enterbungsursache zur Last fällt; weil hier die größte Wahrscheinlichkeit vorhanden ist, daß die Uebergehung desselben absichtlich und aus der Ursache geschehen sey, weil er ihn von der Erbschaft ausschließen wollte. Zugleich verwahrt, wie Herr Hofrath von Zeiller bemerkt, das Gesetz durch diese Anordnung den Erblasser von der unangenehmen Lage, die Unwürdigkeit seines Notherben bekannt zu machen.

2) Da jedoch der Fall möglich ist, daß der Erblasser sich in einem Irrthume befunden, und den Notherben bloß deßhalb übergangen habe, weil ihm seine Existenz unbekannt war, so bleibt das oben Gesagte doch immer nur eine Vermuthung, welche durch

Gegenbeweise entkräftet werden kann. — Aus diesem Grunde kann ich der weiteren Behauptung des Herrn Hofrathes von Zeiller nicht beystimmen, daß ein übergangener Notherbe, dessen fortwährende Existenz dem Erblasser unbekannt geblieben ist, in dem Falle, als ihm eine Enterbungsursache zur Last fällt, keinen Pflichttheil ansprechen könne; denn man kann ja in diesem Falle nicht sagen, daß die Uebergehung als eine stillschweigende Enterbung, d. i. eine Erklärung des Erblassers, angesehen werde, vermög welcher der Notherbe von der Erbschaft ausgeschlossen seyn soll, indem der Erblasser die Ausschließung eines Notherben, dessen Existenz ihm gänzlich unbekannt ist, nicht beziehen kann. — Wäre die Absicht des Gesetzgebers gewesen, einen mit Stillschweigen übergangenen Notherben in diesem Falle unter allen Umständen auszuschließen, so würde er sich gewiß des Ausdruckes, „daß die Uebergehung als eine Enterbung angesehen werde," nicht bedienet, sondern vielmehr gesagt haben: daß in diesem Falle der Notherbe keinen Pflichttheil zu fordern habe. — Man könnte zwar einwenden, daß, wenn dem Erblasser die Existenz des Notherben und die ihm zur Last fallende Enterbungsursache bekannt gewesen wäre, er wahrscheinlich denselben enterbt haben würde; — dieses mag richtig seyn, aber möglich bleibt es doch immer, daß er ihm seinen Fehltritt nachgesehen hätte. — Hat der Erblasser den Notherben, der sich eine Enterbungsursache zur Last kommen ließ, die aber dem ersteren verborgen blieb, von dem Erbrechte nicht ausgeschlossen; so wird ihm seine Erbschaft auch nicht aus dem Grunde entzogen werden können, weil, wenn der Erblasser hiervon Wissenschaft gehabt hätte, er ihn wahrscheinlich enterbt haben würde. — Wäre die gegentheilige Ansicht richtig, so würde der Notherbe nicht durch den Willen des Erblassers, sondern durch die Verfügung des Gesetzes selbst ausgeschlossen, was der Gesetzgeber in Ansehung der in den §§. 768 u. 769 aufgeführten Enterbungsursachen nicht wollte. In so fern dem Notherben aber eine der in den §§. 540 u. 542 aufgeführten Enterbungsgründe zur Last fällt, kann kein Zweifel obwalten, daß derselbe auf einen Pflichttheil keinen Anspruch habe.

3) Diese stillschweigende Enterbung kann ohne Zweifel eben so, wie die ausdrückliche, von dem Erblasser wieder aufgehoben werden; nur frägt es sich hier, ob die Aussöhnung des Erblassers mit dem übergangenen Notherben die der stillschweigenden Enterbung zu Grunde liegende Vermuthung, daß der Erblasser den Notherben wirklich enterben wollte, aufzuheben im Stande sey? — Ist die Aussöhnung vor errichtetem Testamente geschehen, so ist zu unterscheiden, welche Enterbungsursache hier vorhanden ist, ist dieselbe in dem §. 540 gegründet, so muß dem Notherben der Pflichttheil werden, weil zur Zeit der letztwilligen Anordnung die vorhanden gewesene Enterbungsursache zu wirken aufgehört hat, und daher der Erblasser nicht mehr befugt war, den Notherben von der Erbschaft ganz auszuschließen; ist aber eine andere in dem Gesetze gegründete Enterbungsursache vorhanden, oder ist die Aussöhnung erst nach errichtetem Testamente eingetreten, so muß das Testament, worin ein Dritter mit Uebergehung des Notherben zum Universalerben eingesetzt ist, ungeachtet der geschehenen Aussöhnung, noch als rechtskräftig bestehen. Denn im ersten Falle ist durch kein Gesetz vorgeschrieben, daß durch die Aussöhnung die Enterbungsursache ihre rechtliche Wirkung verliere, daß z. B. ein Notherbe, der zur zwanzigjährigen Kerkerstrafe verurtheilt ist, wenn er die Vergebung des Erblassers erwirkt hat, auch schon dadurch seinen Anspruch auf einen Pflichttheil wieder erhalte; ja selbst die ausdrückliche Verzichtleistung des Erblassers auf das Recht, ihn zu enterben, wäre von keiner Wirkung; denn ist die Verzichtleistung von Seite des Notherben nicht angenommen, so entsteht dadurch keine Verbindlichkeit für den Erblasser, würde sie aber von dem Notherben angenommen, so käme dadurch eine Art Erbvertrag zu Stande, welcher nach dem Gesetze (§. 602) nur zwischen Eheleuten zulässig ist. Nach errichtetem Testamente kann aber eine solche Aussöhnung für keinen Fall die Rechtswirkung haben, daß eine solche vermuthete Enterbung wegfalle. Denn der Regel nach gilt der Grundsatz, daß jede letztwillige Anordnung gültig sey, in so fern kein gesetzliches Hinderniß im Wege steht. Nun stand zur Zeit der letzten Anordnung dem Erblasser kein Hinderniß entgegen, einen Dritten, mit Aus-

schließung des Notherben, zum Universalerben einzusetzen; folglich ist das Testament seinem vollen Inhalte nach gültig errichtet. Ein rechtsgültig erklärter letzter Wille kann aber durch später eintretende Hindernisse seine Gültigkeit nicht verlieren (§. 575), und wird nur durch die Errichtung einer neuen Anordnung, einen ausdrücklichen oder stillschweigenden Widerruf, nähmlich durch Durchschneidung oder Durchstreichung der Unterschrift, oder Auslöschung des Inhaltes, oder durch Entsagung der Erben wieder aufgehoben.

§. 783.

Wer zur Entrichtung des Erb- oder Pflichttheiles beyzutragen habe.

In allen Fällen, wo einem Notherben der gebührende Erb- oder Pflichttheil gar nicht, oder nicht vollständig ausgemessen worden ist, müssen sowohl die eingesetzten Erben, als auch die Legatare verhältnißmäßig zur vollständigen Entrichtung beytragen.

1) Wie auf was Weise ein Notherbe in seinem Pflichttheile verletzt werden könne, ist bereits bey Erläuterung des §. 775 vorgekommen. — Wenn sich nun aus einer richtigen Berechnung zeiget, daß der Notherbe durch die dort erwähnten Verfügungen des Erblassers in seinem gesetzlichen Erbrechte so beschränkt worden ist, daß nicht einmahl derjenige Betrag, der ihm als Pflichttheil gebührte, auf ihn ausfiele, so tritt nun die Vorschrift des gegenwärtigen §. in Wirksamkeit; nicht aber, wenn etwa bey der nummerischen Ausmessung des Erbtheiles entweder aus Irrthum oder absichtlich unrichtig zu Werke gegangen wurde, und sich daraus eine Verkürzung in dem Erb- oder Pflichttheile entdeckte [1]).

2) Zweifelhafter ist, was der Gesetzgeber hier unter dem Ausdruck „gebührenden Erbtheil" verstehe, ob er synonym mit dem gleich darneben stehenden Ausdruck „Pflichttheil" sey, oder ob jeder dieser Ausdrücke etwas anderes bedeute? — Ich halte den Ausdruck „der gebührende Erbtheil" synonym mit dem Pflichttheil, und berufe mich zur Begründung dieser Behauptung a) auf

1) Man vergleiche die Abhandlung des Herrn Dr. Ezada über die richtige Ausmessung und Berechnung des Pflichttheiles S. 167 u. f. w., dann die Recension dieser Abhandlung in der Wagn. Zeitsch. 1831. IV. Heft.

den §. 729, in welchem der Ausdruck „gebührende Erbtheil" offenbar synonym mit „Pflichttheil" genommen ist. — b) Nimmt man den Ausdruck „gebührende Erbtheil" in einer von dem Pflichttheile verschiedenen Bedeutung, so muß man offenbar darunter jenen Erbtheil verstehen, welcher in manchen Fällen gegen den erklärten Willen des Erblassers dem Notherben ohne Beschränkung auf den Pflichttheils-Betrag zugemessen werden muß, und von welchem die §§. 777 und 778 sprechen. Diese §§. setzen aber den Fall der gänzlichen Uebergehung des Notherben voraus. Der gegenwärtige §. redet aber auch von dem Falle, wo einem Notherben der gebührende Erbtheil nicht vollständig ausgemessen worden ist, folglich kann darunter nichts anderes als der Pflichttheil verstanden werden. Endlich c) sagt der gegenwärtige §., daß in allen Fällen, wo einem Notherben der gebührende Erbtheil nicht ordentlich ausgemessen ist, die Anordnung dieses §. eintrete. Es müßte sohin auch der Fall des §. 778 hierher bezogen werden; denn sonst wäre es ja nicht wahr, daß der §. in allen Fällen anzuwenden sey, wo dem Notherben der gebührende Erbtheil nicht ausgemessen ist. — Allein der §. 778 enthält dießfalls eine besondere Verfügung, zufolge welcher bis auf einige wenige Legate die ganze Anordnung des Erblassers annulliret wird. Wer übrigens, wie Herr Dr. Czada [1]) noch die Ansicht hegt, daß die Legatare bloß aushülfsweise zur Entrichtung des gebührenden Erbtheiles beyzutragen haben, hat noch einen vierten Grund gegen sich. Denn es könnte selbst in dem §. 777 enthaltenen Falle nie dahin kommen, daß zur Ausmessung des gebührenden Erbtheiles die Legatare einen Beytrag leisten müßten; und dieser Fall muß doch wenigstens möglich seyn, sonst würde ihn der Gesetzgeber nicht eigens aufgenommen haben.

3) Eine weitere Frage entsteht hier: in welcher Ordnung die Erben und die Legatare zur Entrichtung des Pflichttheiles beyzutragen haben? — Herr Hofrath von Zeiller sagt in seinem Commentare, daß zuvörderst den Erben die Entrichtung des vollen Pflichttheiles obliege, und die Legatare nur aushülfsweise, oder in so fern als kein besonderer Haupterbe vorhanden ist, hierzu

1) In seiner vorhin erwähnten Abhandlung.

verhalten werden können. — Allein ich glaube, daß die eingesetzten Erben und Legatare zugleich, und nach Verhältniß ihrer Beträge, die sie erhalten würden, wenn aus der Verlassenschaft kein Pflichttheil zu entrichten gewesen wäre, zur Entrichtung des Pflichttheiles beyzutragen haben. — Zur Unterstützung dieser Behauptung sprechen folgende Gründe:

a. Der Gesetzgeber wollte durch gegenwärtige Anordnung offenbar dem Richter die Norm an die Hand geben, wen er zur vollständigen Entrichtung des Pflichttheiles zu verhalten habe? — Es ist nun nicht anzunehmen, daß der Gesetzgeber hier nur die Personen anzeigen wollte, welche diese Verbindlichkeit auf sich haben, ihn aber darüber, ob ihre Beytragspflichtigkeit eine gemeinschaftliche oder subsidiarische sey, in Ungewißheit lassen wollte. — Der Gesetzgeber begnügte sich nicht, im Allgemeinen die Personen anzugeben, welche zum Unterhalte eines Kindes, zur Herausgabe eines Heirathsgutes, oder einer Ausstattung u. s. w. beyzutragen haben, sondern führte auch zugleich an, in welcher Ordnung sie diese Pflicht zu erfüllen haben. Wenn nun der Gesetzgeber sagt, daß sowohl die eingesetzten Erben, als auch die Legatare zur vollständigen Entrichtung des Pflichttheils verhältnißmäßig beyzutragen haben, — wer kann in diesen Worten auch nur eine Andeutung finden, daß die Beytragspflichtigkeit der Legatare nur eine subsidiarische sey? Wenn z. B. das Gesetz erschiene, daß sowohl die Dominien als die Unterthanen nach Verhältniß ihres Grunderträgnisses zur Erhaltung der Straßen beyzutragen haben; wer wollte sich hier wohl die Anfrage erlauben, ob die für die Unterthanen oder Dominien ausgesprochene Verpflichtung eine gemeinschaftliche oder subsidiarische sey? — Diese Ansicht gewinnt um so mehr an Gewicht, wenn man bedenkt, daß der Gesetzgeber bey dem Bestande der gegentheiligen Meinung nur das einzige Wort aushülfsweise nöthig gehabt hätte um jeden Zweifel zu entfernen.

b. Der §. 586 des westgallizischen Gesetzbuches (2. Thl.) spricht hier ganz klar: „Der Pflichttheil wird in diesem Falle aus der Masse entrichtet, und verhältnißmäßig von den Erbtheilen und Vermächtnissen

abgezogen." Wer wollte wohl auch nach dieser Textirung bloß eine subsidiarische Verbindlichkeit der Vermächtnißnehmer behaupten wollen? — Eben so klar ist es aber auch, daß der gegenwärtige §. durch die etwas abgeänderte Stylisirung hierin keine Aenderung treffen, sondern vielmehr mit etwas veränderten Worten ganz das Nähmliche ausdrücken wollte.

c. Endlich läßt sich auch leicht einsehen, warum der Gesetzgeber in diesem Falle von der sonst geltenden Vorschrift, daß nur nach Befriedigung aller Legate (§. 690) von einer Erbschaft eine Rede seyn könne, eine Ausnahme gemacht habe. — Der Gesetzgeber geht, wie bey Erläuterung des §. 690 erwähnt worden ist, von dem Grundsatze aus, daß der ausdrücklich erklärte Wille des Erblassers, zufolge welchem jeder Legatar sein Vermächtniß vollständig erhalten soll, aufrecht erhalten werden müsse. — In dem vorliegenden Falle handelt es sich aber darum, Etwas gegen den ausdrücklich erklärten Willen des Erblassers zu verfügen. — Seine Dispositionen mit seinem Vermögen können, so wie von ihm festgesetzt worden, nicht bestehen; — seine Willens-Erklärung muß sohin eine Abänderung erleiden. — In einem solchen Falle aber, wo von dem ausdrücklich erklärten Willen des Erblassers abgewichen wird, muß nach der Analogie des §. 558 eine solche Vertheilung vorgenommen werden, wodurch der Wille des Erblassers nach den über das Ganze erklärten Verhältnissen auf das möglichste erfüllt wird. Dieses geschieht aber nur dann, wenn keiner aus denjenigen, unter denen nach dem erklärten Willen des Erblassers die Erbschaft zu vertheilen ist, ganz leer durchgehet, sondern jedem derselben nun ein verhältnißmäßiger Abzug gemacht wird.

§. 784.

Art der Ausmessung und Berechnung des Pflichttheiles.

Um den Pflichttheil richtig ausmessen zu können, werden alle zur Verlassenschaft gehörige, bewegliche und unbewegliche Sachen, alle Rechte und Forderungen, welche der Erblasser auf seine Nachfolger frey zu vererben befugt war, selbst

alles, was ein Erbe oder Legatar in die Masse schuldig ist, genau beschrieben und ordentlich geschätzt. Den Notherben steht frey, der Schätzung beyzuwohnen, und ihre Erinnerung dabey zu machen. Auf eine Feilbiethung der Verlassenschaftsstücke zur Erhebung des wahren Werthes kann von ihnen nicht gedrungen werden.

1) Der Pflichttheil ist, wie bereits §. 764 erwähnt worden ist, ein bestimmter Theil der freyvererblichen Verlassenschaft; es ist daher bey Bemessung desselben vor Allem nothwendig, daß der Werth der ganzen reinen Verlassenschaft genau erhoben werde. Die Verlassenschaft eines Verstorbenen theilt sich aber nach dem im §. 531 aufgestellten Begriffe in zwey Theile, nähmlich: erstens in den Inbegriff der übertragbaren Rechte eines Verstorbenen, und zweytens in den der Verbindlichkeiten desselben, in so fern sie nicht in bloß persönlichen Verhältnissen gegründet sind. Es muß also alles erhoben werden, was zu dem einen oder andern aus diesen beydem gehört, oder mit anderen Worten, es muß der Activ- und Passivstand des Verstorbenen erforschet werden.

2) Zu dem Activstand gehören alle beweglichen und unbeweglichen Sachen, welche das Eigenthum des Verstorbenen waren, alle seine Rechte und Forderungen, in so fern selbe, wie bereits erwähnet wurde, der Erblasser auf seine Nachfolger frey zu vererben befugt war. Unter letztere gehören offenbar auch jene übertragbaren Verbindlichkeiten, welche der Erbe selbst an den Erblasser zu leisten verpflichtet war. — Von den im §. 788 erwähnten Gaben macht das Gesetz keine Erwähnung; sie sind vielmehr durch den Wortlaut des §. ausgeschlossen. Denn es heißt daselbst, daß alle jene Rechte und Forderungen, welche der Erblasser auf seine Nachfolger frey zu vererben befugt war, in die Masse eingerechnet werden sollen. — Nun wird doch Niemand behaupten wollen, daß der Erblasser das an seine Tochter ausbezahlte Heirathsgut, sey es auch in dem Betrage, als dasselbe den schuldigen Pflichttheil übersteigt, frey vererben könne, zu welchem er allerdings befugt wäre, wenn es wahr wäre, was

Dr. Czada in seiner mehr erwähnten Abhandlung behauptet, daß diese Gaben als wirkliche Bestandtheile der Verlassenschaft anzusehen seyen. Der Vater müßte sohin in diesem Falle das Recht haben, denjenigen Betrag, welchen er seinen Notherben an solchen anrechnungspflichtigen Gaben über ihren Pflichttheil zukommen ließ, an einen Dritten zu legiren, was doch gewiß Niemand behaupten wird.

3) Alle diese Sachen und Rechte müssen nun genau erhoben, beschrieben und in Gelde angeschlagen, d. i. geschätzet werden. Diese Schätzung, welche ohnehin von beeideten Schätzmännern vorzunehmen ist, und bey welcher sowohl die Notherben als die Haupterben erscheinen, und ihre Erinnerungen dabey machen dürfen, bestimmt denjenigen Werth der Verlassenschaftsstücke, welcher bey Berechnung des Pflichttheiles zu Grunde zu legen ist, und haben die Notherben keineswegs das Recht zu verlangen, daß die Verlassenschaftsstücke öffentlich feil gebothen werden, sondern es werden dieselben von dem Haupterben in Natur in Empfang genommen, und nach Maßgabe des erhobenen Werthes die Notherben mit ihrem Pflichttheile befriediget. Eine Ausnahme hievon würde in dem Falle eintreten, wenn der Erbe selbst um Feilbiethung der Verlassenschaftsstücke ansucht, und demselben die Verlassenschaft noch nicht eingeantwortet ist. Denn der sich durch die Versteigerung ergebende Mehrbetrag oder Abgang ist ein die Masse treffender Gewinn oder Nachtheil, der nach §. 780 als ein zwischen den Haupt- und Notherben verhältnißmäßig gemeinschaftliches Gut zu betrachten ist. Dagegen kann eben darum, weil der Erblasser dem Notherben seinen Pflichttheil zu beschränken nicht befugt ist, eine willkührliche Schätzung des Erblassers oder dessen Verboth die Anwendung dieser gesetzlichen Anordnung nicht hindern.

4) Nach dem römischen Rechte ist dem Testator keine Verfügung erlaubt, bey welcher der eigentliche Betrag des Pflichttheiles nie mit Zuverlässigkeit zu bestimmen seyn würde. Es darf daher der Erblasser, der den Notherben zu einer gewissen Summe zum Erben einsetzt, keineswegs unter angehängter sociinianischer Clausel untersagen, von den Miterben die Anfertigung

eines Inventariums, oder einer eidlichen Specification des Nachlasses zu verlangen. Ein solches Verboth des Testirers wird dergestalt für wirkungslos geachtet, daß dessenungeachtet die Erbeseinsetzung des Notherben nicht auf den Pflichttheil einzuschränken ist, wenn derselbe auch auf die Inventur dringt, und sich daraus ergeben sollte, daß demselben wirklich mehr, als sein Pflichttheil beträgt, hinterlassen worden sey [1]). Das Nähmliche muß auch nach österreichischem Rechte behauptet werden. Denn der §. 804 räumt dem Notherben ausdrücklich das Recht ein, die Errichtung des Inventariums zu verlangen. Der §. 803 entzieht aber dem Erblasser das Befugniß, die Errichtung des Inventars zu verbiethen, und es wird bey Erläuterung dieses §. gezeigt werden, daß jede von dem Erblasser mit der Errichtung des Inventars verknüpfte üble Folge ganz und gar ohne rechtliche Wirkung sey. Der Notherbe darf in keine psychologische Zwangslage gesetzt werden, die ihm die vom Gesetze zur Beurtheilung, ob er in seinem Pflichttheil verletzt sey oder nicht, dargebothenen Mittel hintanzuweisen.

§. 785.

Schulden und andere Lasten, welche schon bey Lebzeiten des Erblassers auf dem Vermögen hafteten, werden von der Masse abgerechnet.

1) Nebst dem Activstande muß auch der andere Theil der Verlassenschaft, nähmlich der Passivstand, in das Klare gesetzt werden. Unter diesen gehören alle Schulden und Lasten, welche schon bey Lebzeiten des Erblassers auf dem Vermögen hafteten, sie mögen unmittelbar aus dem Gesetze, aus einem Verschulden, oder aus Verträgen entspringen. Hierunter gehören: das Heirathsgut, weil der Mann eigentlich nur Fruchtnießer desselben ist (§§. 1128 und 1129); die Morgengabe (§. 1232), nicht aber auch die Widerlage, weil der Gattinn auf selbe nur nach dem Tode des Mannes ein Recht zusteht (§. 1230), und andere dem Erblasser während seiner Lebenszeit zu entrichten obliegende Leistungen. Man könnte zwar eben aus dem Grunde, weil nur die dem

1) Siehe Glücks Commentar 2 Th., 1 Abth., S. 89—90.

Erblasser schon während seinen Lebzeiten obliegenden, aus seinem Vermögen zu bestreitenden Lasten hierher gerechnet werden, zweifeln, ob auch das Heirathsgut darunter gehöre, weil es erst nach dem Tode des Mannes seiner Gattinn anheimfällt. Allein der Ehemann ist immer Schuldner des Heirathsgutes, und nur der Zahlungstag ist auf dessen oder seiner Gattinn Tod festgesetzt. — Die Ehegattinn hat schon bey Lebzeiten des Mannes auf dasselbe Anspruch, darum geht ihre Heirathsgut-Forderung auch nach ihrem Tode, wenn sie nähmlich vor ihrem Manne stirbt, an ihre Erben über (§. 1229). Nicht so bey der Widerlage. Hier entsteht die Forderung erst nach dem Tode des Mannes; stirbt sie vor ihm, so haben ihre Erben hierauf keinen Anspruch.

2) Es ist eine Streitfrage, ob unter den in Abzug zu bringenden Lasten die Begräbniß, Inventurskosten und dann die zu entrichtenden frommen Gebühren gehören oder nicht? — Was die Begräbnißkosten anbelangt, so erklärt sich Herr Hofrath von Zeiller in seinem Commentare offenbar für die Meinung, daß selbe bloß von dem Haupterben zu bestreiten seyen, und zum Nachtheile des Notherben von dem Vermögensstande nicht abgerechnet werden können. — Auch Herr Regierungsrath v. Scheidlein erklärt sich in seinen Miszellen (II. Heft S. 73) ebenfalls für diese Ansicht. Sie scheint auch die richtige zu seyn, weil man unmöglich sagen kann, daß die Begräbnißkosten Lasten seyn, welche schon bey Lebzeiten auf dem Vermögen des Erblassers hafteten. — Indessen folgt daraus doch nicht, daß der Notherbe auch von einem Beytrage zu den Begräbnißkosten in allen Fällen ganz frey bleibe. Denn der gegenwärtige §. handelt von der Berechnung des Pflichttheiles, bey welcher nach der Vorschrift desselben lediglich alle bereits bey Lebzeiten des Erblassers auf dem Vermögen desselben haftenden Lasten, aber auch nur diese, abgezogen werden sollen. — Von den erst nach dem Tode des Erblassers die Verlassenschaftsmasse treffenden Vortheilen und Nachtheilen, unter welch' letztere auch die Bestreitung der Begräbnißkosten zu rechnen ist, handelt der folgende §., bey dessen Erläuterung sich zeigen wird, ob und wie fern die Notherben auch hierzu beytragen müssen.

3) Eben so verhält es sich in Ansehung der Inventurskosten. Da die Inventurskosten erst nach dem Tode des Erblassers entstehen, so können sie bey der Berechnung des Pflichttheiles nach Vorschrift des gegenwärtigen §. nicht wohl in Anschlag gebracht werden, sie sind gleichfalls solche Lasten, welche erst nach der Hand eine Veränderung in der Masse hervorbringen, da nach §. 802 das Inventar auf Kosten der Masse errichtet wird. In wie fern daher dieselben auch dem Notherben zur Last fallen, wird gleichfalls bey Erläuterung des folgenden §. untersuchet werden.

4) Was das Mortuar, — dann die Gebühren zum Krankenhaus- und Wohlthätigkeitsfonde anbelangt, so können sie aus obigem Grunde bey der Berechnung des Pflichttheiles nicht in Anschlag kommen. Daraus folgt aber keineswegs, daß der Notherbe von Bezahlung derselben ganz frey bleiben, und sie der Haupterbe für ihn bestreiten müsse. Denn diese Gebühren sind unstreitig Vermögenssteuern; die Bestimmung dessen aber, von wem und wie viel Steuern zu bezahlen seyen, ist ein politischer, und insbesondere ein Finanzgegenstand. Vermögenssteuern sind aber von denjenigen zu bezahlen, welche das steuerbare Vermögen besitzen oder überkommen. Die von Zeit zu Zeit über den Mortuarsbezug erschienenen Verordnungen, insbesondere das Hofdekret vom 10. Juny 1788 sub a, bestimmen ausdrücklich, daß sowohl Noth- als fremde Erben das Mortuar von den ihnen zufallenden Erbtheilen oder Legaten zu bezahlen haben. Ja selbst der §. 694 ordnet an, daß diese Gebühren als eine Staatsauflage anzusehen, und nicht nach den Grundsätzen des Privatrechtes, sondern nur nach den politischen Vorschriften zu beurtheilen seyen, und der §. 818 bestimmt, daß über das, was der Erbe (ohne Unterschied, ob er ein testamentarischer, oder Intestat- und rücksichtlich gesetzlicher Erbe ist), ehe er zum Besitz der Erbschaft gelangen kann, an Abgaben zu entrichten u. s. w., die politischen Verordnungen die besonderen Vorschriften enthalten. — Zieht man noch dabey die Vorschriften des Kundmachungs-Patentes in Erwägung, nach welchen die über politische, Cameral- oder Finanzgegenstände kundgemachten, die Privatrechte beschränkenden, oder näher bestimmenden Verordnungen durch die Einführung des bürgerli-

chen Gesetzbuches nicht aufgehoben wurden, so kann nicht leicht ein Zweifel obwalten, daß der Notherbe diese Gebühren von dem Pflichttheile zu entrichten schuldig sey [1]).

§. 786.

Der Pflichttheil wird ohne Rücksicht auf Vermächtnisse und andere aus dem letzten Willen entspringende Lasten berechnet. Bis zur wirklichen Zutheilung ist die Verlassenschaft in Ansehung des Gewinnes und der Nachtheile als ein zwischen dem Haupt- und Notherben verhältnißmäßig gemeinschaftliches Gut zu betrachten.

1) Da die durch den Tod des Erblassers selbst nothwendig werdenden Lasten bey Bemessung des Pflichttheiles in den Vermögensstand nicht aufgenommen werden, so kann dieses um so weniger mit jenen Lasten und Verbindlichkeiten geschehen, mit welchen der Erblasser selbst die Masse nach seinem Tode bebürdet; denn der Pflichttheil ist ja eben jener bestimmte Theil des gewissen Personen aus der gesetzlichen Erbfolge zustehenden Erbtheiles, der ihnen von dem Erblasser durch keine letztwillige Anordnung entzogen werden kann; es wäre somit ein Widerspruch im Begriffe selbst, wenn die durch den letzten Willen auf den Todesfall gegründeten Verbindlichkeiten bey Berechnung des Pflichttheils in Abzug gebracht werden müßten.

2) Durch die bisher angeführten gesetzlichen Bestimmungen wird die Verlassenschaft des Erblassers, in so weit sie bey Bemessung des Pflichttheiles zur Grundlage dienen muß, bis zu dessen Todestage ins Reine gestellt. Allein von da können sich bis zur vollständigen Einantwortung noch mehrere Veränderungen mit der Verlassenschaftsmasse ergeben, es kann die Verlassenschaft unvermuthet, durch eingehende, für verloren gehaltene Forderungen, durch guten Ausgang einer Streitsache, durch natür-

1) Man sehe die Abhandlung des Herrn Dr. Hirsch in der Wagn. Zeitschrift 1827. IV. Heft. S. 173—183, wo zugleich die gegen diese Behauptung vorgebrachten Einwendungen gründlich widerlegt werden.

lichen, künstlichen oder vermischten Zuwachs u. s. w. vermehrt, sie kann aber auch durch Unfälle vermindert werden. Ereignet sich die Vermehrung oder Verminderung an einzelnen Sachen, die bestimmten Personen von dem Erblasser zugedacht worden, und denselben gleich nach dem Tode des Erblassers angefallen sind (§. 686), oder an Sachen und Rechten, die den Theilnehmern durch die Vertheilung bereits zugewiesen sind; so trifft sie der Nutzen, so wie die Gefahr (§§. 404 und 1447). Außer dem ist die Erbmasse als ein gemeinschaftliches Gut der Haupt- und Notherben zu betrachten, woran die letzteren nach Maß ihres Pflichttheiles (§§. 765 und 766) der Gewinn und Schaden trifft [1]).

§. 787.

Anrechnung zum Pflichttheile.

Alles, was die Notherben durch Legate oder andere Verfügungen des Erblassers wirklich aus der Verlassenschaft erhalten, wird bey Bestimmung ihres Pflichttheils in Rechnung gebracht.

1) Es erübriget noch die Frage: was ein Notherbe vom Pflichttheile sich müsse abrechnen lassen? wovon in dem zweyten Theile dieses Hauptstückes gehandelt wird. — Die Anrechnung überhaupt ist jene Handlung, wodurch Jemanden dasjenige, was ihm bereits aus einem Rechtstitel geleistet worden oder noch zu leisten ist, von demjenigen, was ihm aus einem anderen Rechtstitel noch zu leisten ist, in Abzug gebracht wird. — Ich glaube wenigstens, daß diese Definition auf alle mögliche Fälle, in welchen von einer Anrechnung die Rede ist, vollkommen passe, und daß sohin der Begriff der Anrechnung, wie er hier aufgestellt ist, auch auf die Anrechnung in den Erb- und Pflichttheil seine Anwendung haben müsse.

2) Die Anrechnung in den Pflichttheil ist zweyfach, manchmahl muß sich nähmlich der Notherbe Etwas zum Pflichttheil anrechnen lassen, was er erst nach dem Tode des Erblassers aus dessen Masse, außer seinem Erbstitel, aus einem anderen

1) Siehe Zeillers Commentar §. 786 Nr. 2.

Grunde noch zu empfangen hat, zuweilen aber auch solche Gegenstände, die er bereits bey Lebzeiten von dem Erblasser erhalten hat. Der gegenwärtige §. redet von dem ersteren Anrechnungsfalle, und ordnet an, daß dem Notherben dasjenige angerechnet werde, was derselbe durch die letzte Anordnung dessen, der ihm den Pflichttheil schuldig ist, aus der Verlassenschaft wirklich erhält, es sey durch Erbeinsetzung oder Vermächtniß, weil dem Gesetze nur an dem wirklichen Empfange des Pflichttheiles, nicht an der Form des Empfanges gelegen ist. Herr Hofrath v. Zeiller fügt auch noch hinzu, daß sich der Notherbe dasjenige anrechnen lassen müsse, was er durch Substitution erhält. — Allein ich kann dieser Meinung nicht beystimmen. — Denn entweder ist die Substitution eine fideicommissarische oder eine gemeine. — Im ersterem Falle kann man nicht sagen, daß der Notherbe den ihm durch die Substitution zugedachten Erbtheil aus der Verlassenschaft desjenigen, der ihm den Pflichttheil zu geben schuldig ist, wirklich bekomme, sondern er erhält ihn erst aus Handen des eingesetzten Haupterben oder Legatars. Ist die fideicommissarische Substitution eine gemeine, so hängt die Erlangung des zugedachten Erbtheiles von der Bedingung ab, ob der eingesetzte Erbe oder Legatar den ihm zugedachten Erbtheil in Empfang nehmen will, oder in Empfang nehmen kann. — Nun sagt der §. 774, daß der Pflichttheil dem Notherben ganz frey bleiben müsse, und daß jede denselben einschränkende Bedingung oder Belastung nur auf jenen Theil ausgedehnt werden könne, welcher den Pflichttheil übersteigt. — Aus dieser gesetzlichen Anordnung folgt, daß wenn der Erblasser seinen Notherben auf den Pflichttheil beschränkt, ihm aber zugleich einen der eingesetzten Erben oder Legatar substituirt, angenommen werden müsse, daß er ihn mit dieser Substitution über seinen Pflichttheil begünstigen wollte; denn der Notherbe ist nicht schuldig, ein ihm nur bedingt zuerkanntes Recht auf Rechnung seines Pflichttheiles anzunehmen. In dem Falle, als der Erblasser seinen Notherben ausdrücklich oder stillschweigend (jedoch widerrechtlich) enterbt, und den Notherben nur in die ganze Erbschaft oder einen Theil desselben substituirt hätte, stünde diesem frey, den ihm substitutionsweise zugedachten Erbtheil mit Vorbehalt

seines Pflichttheiles auszuschlagen (§. 808); folglich wäre auch hier von einer Anrechnung keine Rede.

3) Einige sind, gegen die Ansicht des Herrn Hofrathes von Zeiller, der Meinung, daß in dem Falle, wo dem Notherben nebst dem Pflichttheile ein Vermächtniß hinterlassen worden ist, dasselbe in den Pflichttheil nicht einzurechnen sey. — Allein mir scheint die Meinung des Herrn Hofrathes die richtigere. Denn der gegenwärtige §. drückt sich ganz allgemein aus, und weder der ausdrückliche Inhalt, noch andere Gesetzesstellen geben zu dieser einschränkenden Auslegung des Gesetzes eine Veranlassung. Der vermeintlich entgegenstehende Grund des Gesetzes kann uns aber, wie ich bey Erläuterung der §. 6 bemerkt habe, zu einer einschränkenden Auslegung des Gesetzes, die mit den Worten desselben nicht in Uebereinstimmung gebracht werden kann, nicht berechtigen. — Ich finde überdieß keinen Widerspruch darin, daß der Erblasser den Notherben in den Pflichttheil einsetze, und ihm zugleich ein Vermächtniß hinterlasse, das in den Pflichttheil einzurechnen ist, oder daß das eine oder andere überflüssig seyn müßte; denn auch hier kann der Notherbe auf zweyfache Art begünstiget werden. Besteht nähmlich das Vermächtniß, welches dem Notherben noch außer dem Pflichttheile zugedacht worden ist, in einer bestimmten Sache, so kann dem Erblasser daran liegen, daß dem Notherben gerade diese Sache um den Schätzungswerth zukomme, z. B. eine Uhr, ein Ring ꝛc.; besteht es aber in einer bestimmten Summe Geldes, so kann der Erblasser die Absicht haben, dem Notherben für den Fall, als der Pflichttheil nicht so hoch ausfallen sollte, doch diese bestimmte Summe für jeden Fall zu sichern. Ueberdieß muß angenommen werden, daß dem Erblasser bey seiner letztwilligen Disposition allerdings die Anordnung des gegenwärtigen §. bekannt war, vermöge welcher die Vermächtnisse in den Pflichttheil eingerechnet werden müssen; hat er also dessenungeachtet nicht des Gegentheil angeordnet, so ist es ein Zeichen, daß sein Wille mit dieser gesetzlichen Anordnung übereinstimme.

4) Bloße Hoffnungen, dereinst zum Besitze eines Vermögens zu gelangen, sind eben so wenig ein Gegenstand der Anrech-

nung, als ein belasteter Nachlaß (§. 774). Wenn z. B. der Erblasser verfügte: mein Sohn soll das Theater an der Wien bekommen, wenn ich es in der bevorstehenden Ziehung gewinne; — so ist der Sohn nicht schuldig, sich dasselbe in seinem Pflichttheile anrechnen zu lassen, wenn es auch wirklich nach dem Tode des Erblassers gewonnen würde, weil er nur die Hoffnung, zum Besitze desselben zu gelangen, nicht aber das Theater selbst aus dem Nachlasse seines Vaters erhält; — oder wenn der Erblasser anordnete: mein Sohn soll mein Haus bekommen, und dieses Haus wäre mit Schulden belastet, so wird ihm nicht der ganze Werth des Hauses, sondern nur das, was nach Abzug der Schulden übrig bleibt, angerechnet werden können, weil er den ganzen Werth des Hauses nicht wirklich aus dem Nachlasse erhält [1].

§. 788.

Was der Erblasser bey Lebzeiten seiner Tochter oder Enkelinn zum Heirathsgute; seinem Sohne oder Enkel zur Ausstattung, oder unmittelbar zum Antritte eines Amtes, oder was immer für eines Gewerbes gegeben; oder zur Bezahlung der Schulden eines großjährigen Kindes verwendet hat, wird in den Pflichttheil eingerechnet.

1) Hier kömmt der zweyte Anrechnungsfall zur Sprache. Der Rechtsgrund, aus welchem das Gesetz die Aeltern verbindet, ihren Kindern einen angemessenen Theil ihres Vermögens zuzuwenden, beruht, wie bereits §. 763 erwähnt worden ist, in der engen Familien-Verbindung zwischen beyden, bey der selbst das Vermögen der einen oder der anderen in gewisser Beziehung als ein gemeinsames Gut angesehen wird. Jeder Eigenthümer also, welcher Notherben hat, ist nur hinsichtlich eines Theiles seiner Güter unumschränkter Herr, auf den andern, nummerisch erst nach dem Tode desselben bestimmbaren, folglich bey seinen Lebzeiten noch unbestimmten Theil haben seine Notherben schon Ansprüche; er ist daher theilweise schon in seinen Verfügungen

1) Siehe Wagn. Zeitsch. 1831. IV. Heft, Not. Bl., S. 132.

unter Lebenden, noch mehr aber für den Todesfall in Ansehung dieses Theiles beschränkt. Man kann daher jeden mit Notherben versehenen Eigenthümer so ansehen, als ob er in dem Besitze zweyer Gütermassen wäre, über deren eine er unbeschränkter Eigenthümer, über deren andere er aber mehr als Depositär und Fruchtnießer, als wirklicher Eigenthümer, anzusehen ist. — Wenn nun derselbe einem seiner Notherben schon bey Lebzeiten eine Gabe leistet, so muß er sie ihm aus einer der hier berührten Gütermassen geben, und es frägt sich daher, ob anzunehmen sey, daß er ihm diese Gabe aus jener Masse, worüber er unumschränkt disponiren kann, oder aus dieser gereicht habe, auf welche seine Notherben Ansprüche zu machen haben? — Diese Frage soll nun in Bezug auf die in diesem §. berührten Gaben beantwortet werden.

2) Unter Heirathsgut wird nach §. 1218 dasjenige Vermögen verstanden, welches dem Manne zur Erleichterung des mit der ehelichen Gesellschaft verbundenen Aufwandes übergeben wird, und es kann, da man sich hier streng an die Worte des Gesetzes binden muß, die Aussteuer oder Ausstattung der Braut, worunter man jene Sachen versteht, welche ihr zur Kleidung, Einrichtung u. s. w. für ihre Person mitgegeben werden, darunter nicht begriffen seyn. Besitzt die Tochter ein eigenes angemessenes Vermögen, so sind die Aeltern nicht schuldig, ihr ein Heirathsgut zu geben, sondern sie hat dieses aus eigenem Vermögen herzunehmen (§. 1219). Wenn daher z. B. die Aeltern das Vermögen der großjährigen Braut in Verwahrung hätten, und dieselbe bey ihrer Verehelichung von den Aeltern ein Heirathsgut begehrte, so würden diese nur verbunden seyn, ihr dasselbe aus dem bey ihnen hinterlegten Vermögen zuzuzählen. — Aus eben diesem Grunde sind auch dieselben nur gehalten, der Tochter aus jener Vermögensmasse ein Heirathsgut zu geben, worauf derselben schon ein Anspruch zustehet, und haben sich daher die Aeltern nicht ausdrücklich für das Gegentheil erkläret, so muß auch angenommen werden, daß sie das Heirathsgut nur aus dieser Vermögensmasse hergegeben haben, folglich dasselbe schon als ein Vorschuß ihres künftig zu beziehenden Erb- oder Pflichttheiles geleistet worden sey.

3) Unter Ausstattung versteht das Gesetz dasjenige, was den Söhnen oder Enkeln bey Gelegenheit ihrer Vermählung an Kleidung, Hausgeräthe u. dgl. gegeben wird (§. 1231). Mit derselben hat es die nähmliche Bewandtniß, wie mit dem Heirathsgute. Denn in Folge des §. 1231 sind die Aeltern des Bräutigams in eben der Art, in welcher die Aeltern der Braut schuldig sind, ihr ein Heirathsgut auszusetzen, auch verpflichtet, demselben eine ihrem Vermögen angemessene Ausstattung zu geben.

4) Die Gaben, welche die Aeltern ihrem Sohne zu dem Zwecke leisten, damit er ein Amt oder Gewerb antreten könne, gründen sich zwar ohne Zweifel in der durch die Gesetze ausgesprochenen Verbindlichkeit der Aeltern, ihre Kinder zu versorgen (§§. 139, 141 u. 143); doch gleichwie in dem Falle, als der Sohn ein hinreichendes eigenes Vermögen besitzt, die Aeltern nicht verhalten werden können, demselben aus ihrem eigenen Vermögen hierzu Beyträge zu leisten, indem selbst für den Fall, als er minderjährig wäre, das Stammvermögen mit Einwilligung der Obervormundschaft dazu verwendet werden kann (§. 220); so folgt, daß dergleichen von den Aeltern ihrem Sohne oder Enkel gemachten Gaben aus jener Masse, worauf ihm ohnehin schon ein Recht zustehet, hergegeben angesehen werden müssen, und daher auch bey dem Todfalle seiner Aeltern in jenem Zeitpuncte, wo sein Recht auf dieselbe eigentlich in Wirksamkeit tritt, und diese Masse zur Vertheilung reif ist, in Anrechnung gebracht werden können.

5) Wenn die Aeltern einen Betrag zur Bezahlung der Schulden eines großjährigen Kindes verwenden, so kann aus einem ähnlichen Grunde gleichfalls nicht angenommen werden, daß sie das Verwendete aus jener Masse genommen haben, worüber sie unumschränkte Eigenthümer geblieben sind. Denn gesetzt, das Kind hätte schon ein eigenes Capital, hinsichtlich welchem aber den Aeltern der Fruchtgenuß gebührt, nun sind die Aeltern in die Lage gesetzt, zur Schonung ihres großjährigen Kindes Schulden bezahlen zu müssen; könnte wohl angenommen werden, daß sie dieses aus ihrem eigenen Vermögen thun, müßte man nicht gleichfalls vermuthen, daß sie diese Schulden aus dem ihrem Kinde angehörigen Vermögen bezahlt haben, und könnte ein An-

stand obwalten, diesen verwendeten Betrag seiner Zeit bey Zuzählung des dem Kinde angehörigen Capitals in Abzug zu bringen?

6) Haben die Aeltern ihrem großjährigen Kinde unter was immer für einem Titel eine Gabe geleistet, und sich dabey ausdrücklich bedungen, daß diese Gabe seiner Zeit in den Pflichttheil eingerechnet werden solle, so muß sich das Kind bey der Verlaßabhandlung auch diese Einrechnung gefallen lassen. Der Gesetzgeber macht zwar von dem hier Bemerkten keine ausdrückliche Erwähnung; wahrscheinlich darum, weil es keinem Zweifel unterliegen kann, daß derjenige, welcher auf sein Erbrecht ganz Verzicht leisten kann, sich doch auch um so mehr verbindlich zu machen im Stande ist, sich das bey Lebzeiten Empfangene seiner Zeit am Pflichttheile abrechnen zu lassen [1].

7) Der gegenwärtige §. ordnet die Anrechnung an, ohne Unterschied, ob nur ein oder mehrere Notherben vorhanden seyen, während bey der Anrechnung bey der gesetzlichen Erbfolge von dem Vorhandenseyn eines einzigen Notherben keine Rede seyn kann. Dieses scheinet aber auch ganz natürlich; denn die Anrechnung bey der gesetzlichen Erbfolge hat eine billige Ausgleichung der Erben unter sich zum Zwecke; der Zweck der Anrechnung in den Pflichttheil aber ist, die Eigenthumsrechte des Erblassers in Bezug auf seine Testirungsfähigkeit in dem Maße zu erweitern, als er seine Verbindlichkeit, die ihm nach der Absicht des höchsten Gesetzgebers durch die Einführung des Pflichttheiles gegen seine Kinder zu erfüllen obliegt, schon bey Lebzeiten durch Leistung solcher zur Anrechnung geeigneten Gaben in Erfüllung gebracht hat.

§. 789.

Bey dem Pflichttheile der Aeltern findet die Anrechnung eines Vorschusses in so fern Statt, als er weder zur gesetzlichen Unterstützung (§. 154), noch aus bloßer Freygebigkeit geleistet worden ist.

---

1) Aus dem Gesagten erklärt sich zugleich deutlich, warum andere Gaben, als die benannten, zur Anrechnung nicht geeignet befunden werden; und insbesondere, warum Geschenke nicht hierunter gezählet worden sind.

1) Daß auch bey dem Pflichttheile der Aeltern die Anrechnung in gewissen Fällen Statt finden könne, scheint im gegenwärtigen §. klar ausgesprochen. Wenn schon der §. 914 des Gesetzbuches bey Verträgen anordnet, daß ein zweifelhafter Vertrag so erklärt werden soll, daß er keinen Widerspruch enthalte und von Wirkung sey, so muß diese Anordnung doch wohl auch von Gesetzen, und zwar von diesen um so mehr gelten, als man wohl bey Parteyen öfters eine Kurzsichtigkeit in Berechnung der rechtlichen Wirkungen eines Vertrages voraussetzen könnte, diese Voraussetzung aber doch bey dem Gesetzgeber selbst niemahls Platz greifen kann. Wenn daher derselbe im gegenwärtigen §. von Vorschüssen spricht, welche den Aeltern angerechnet werden können, so mußte er doch voraus setzen, daß es, außer jenen Leistungen, welche zur gesetzlichen Unterstützung oder aus bloßer Freygebigkeit gemacht werden, oder die eigentliche Schulden begründen, doch noch eine vierte Gattung von Begünstigungen geben müsse, die unter keine der hier aufgestellten Cathegorien gehöret.

2) Unter diese sind nun vorerst ohne Zweifel alle jene Leistungen zu rechnen, welche ausdrücklich mit dem Vorbehalte gemacht wurden, selbe von dem Pflicht- oder Erbtheile in Abrechnung bringen zu dürfen. Allein nicht nur diese, sondern auch jene Leistungen gehören, nach meiner Ueberzeugung, darunter, bey welchen der Leistende seinen Willen, daß er selbe als Geschenk angesehen wissen wolle, nicht auf eine Art geäußert hat, welche mit Ueberlegung aller Umstände keinen vernünftigen Grund, daran zu zweifeln, übrig lassen, bey denen er aber eben so wenig einen Rückersatz ausdrücklich oder stillschweigend bedungen hat. Wenn z. B. Kinder ihren Aeltern zum Antritte eines Gewerbes, oder zur Bezahlung ihrer Schulden Vorschüsse leisten, so kann, wenn keine anderen Umstände noch hinzutreten, nicht gleich gefolgert werden, daß diese aus bloßer Freygebigkeit geschehen seyen; eben so wenig aber können diese Vorschüsse als eigentliche Schuldforderungen angesehen werden, sie sind daher allerdings zur Anrechnung vollkommen geeignet. — Nur hinsichtlich der letzteren könnte der Zweifel entstehen, ob sie nicht als wirkliche Schuldforderungen zu behandeln seyen, da durch die Bezahlung der Schulden

eines Dritten ein Aufwand gemacht wird, dessen Ersatz selbst ein Geschäftsführer ohne Auftrag zu fordern berechtiget ist. Allein ist der Ersatz nicht ausdrücklich bedungen, so scheint es auch, daß die Kinder diese Leistung nicht als eine eigentliche Schuldforderung angesehen wissen wollten; denn, wenn sie dieses wollten, so ist ihnen durch den Abtretungs-Vertrag, den sie mit den Gläubigern der Aeltern schließen können, ein schickliches und delicates Mittel dargebothen. Diese Behauptung erhält auch durch die Anordnung des vorigen §. einiges Gewicht. Denn gleichwie der Gesetzgeber dasjenige, was die Aeltern zur Bezahlung der Schulden eines großjährigen Kindes verwenden, nicht als ein eigentliches Darlehen ansieht, dessen Wiedererstattung gefordert werden könnte, so scheint es auch, daß wegen des gegenseitig gleichen Verhältnisses der Kinder zu den Aeltern, und bey der gleichartig bestehenden Versorgungspflicht der ersteren, auch ein gleiches angenommen werden müsse.

§. 790.

Anrechnung zum Erbtheile bey der gesetzlichen Erbfolge.

Die Anrechnung bey der Erbfolge der Kinder aus einem letzten Willen geschieht nur dann, wenn sie von dem Erblasser ausdrücklich verordnet wird. Dagegen muß auch bey der gesetzlichen Erbfolge ein Kind sich dasjenige, was es von dem Erblasser bey dessen Lebenszeit zu den oben (§. 788) erwähnten Zwecken empfangen hat, anrechnen lassen. Einem Enkel wird nicht nur das, was er unmittelbar selbst; sondern auch, was seine Aeltern, in deren Stelle er tritt, auf solche Art empfangen haben, in den Erbtheil eingerechnet.

1) Die Anrechnung dessen, was ein Notherbe bereis empfangen hat, findet nicht bloß in dem Falle, als er auf den Pflichttheil eingeschränkt ist (§§. 787 — 789), sondern auch in dem Falle Statt, wenn ein Kind entweder aus ausdrücklicher An-

ordnung des Erblassers oder aus dem Gesetze zur Erbschaft berufen wird. Dort besteht sie, wie bereits bey §. 788 erwähnt worden ist, zu Gunsten des Erblassers, damit er in der Freyheit, über sein Vermögen zu verfügen, nicht über das gesetzliche Maß eingeschränkt werde, — hier zu Gunsten der übrigen Kinder, so fern sie ohne der Anrechnung in dem, was sie von ihren Aeltern erhalten sollen, verkürzet würden.

2) Wenn der Erblasser ein Testament errichtet, und in diesem Testamente seine Kinder zu gleichen oder ungleichen Theilen als Erben eingesetzt hat, ohne sie jedoch auf den Pflichttheil zu beschränken, so ist bey Vertheilung der Erbschaft unter dieselben lediglich der erklärte Wille des Erblassers zur Grundlage zu nehmen. Hat nun derselbe die Anrechnung ausdrücklich angeordnet, so ist sich ganz natürlich darnach zu achten; hat er aber von der Anrechnung keine Erwähnung gemacht, so kann hier die Vermuthung nicht Platz greifen, daß er dieselbe bey der Vertheilung beobachtet haben wolle, da in diesem Falle billig vorausgesetzt werden kann, daß er selbe ausdrücklich angeordnet haben würde. Um so weniger aber kann eine solche Anrechnung Platz greifen, wenn sie der Erblasser ausdrücklich untersagt hätte. — Was wäre aber wohl dann Rechtens, wenn der Erblasser kein Testament, aber ein Codicill hinterlassen, und in selbem seinen Kindern mehrere Legate ausgesetzt hätte? — Da der Gesetzgeber hier ausdrücklich von der Erbfolge der Kinder aus einem letzten Willen spricht, in dem hier berührten Falle aber dieselben nicht aus dem letzten Willen, sondern aus dem Gesetze zur Erbfolge gelangen, so bin ich der Meinung, daß die Anrechnung hier allerdings Statt habe.

3) In dem Falle aber, daß der Erblasser ohne Testament verstirbt, ist die natürliche und gesetzliche Vermuthung, daß er strenge Gleichheit bey der gesetzlichen Nachfolge in sein Vermögen beobachten (§. 730), folglich das, was er einem Kinde vor den übrigen nicht aus bloßer Freygebigkeit, sondern pflichtmäßig, gleichsam schon als Anticipation ihres künftigen Erbtheiles im Voraus gegeben hat, zur Herstellung der Gleichheit in den Erbtheil angerechnet wissen wolle. In dem Falle der gesetzlichen Erbfolge in dem Vermögen der Aeltern kann also, wie

Herr Hofrath von Zeiller in seinem Commentare bemerkt, auch ohne ausdrückliche Anordnung des Erblassers die Anrechnung von den übrigen Geschwisterten verlanget werden. Dagegen kann ich mit der weiteren Behauptung dieses höchst verehrungswürdigen Commentators nicht einverstanden seyn, daß auch der überlebende Gatte des Erblassers die Anrechnung fordern könne; weil der §. 793, welcher die Art und Weise der Anrechnung des Empfangenen zum gesetzlichen Erbtheile bestimmt, offenbar nicht nur allein das Daseyn mehrerer Kinder voraussetzt, sondern weil auch die dort angeordnete Anrechnungs-Modalität offenbar nur die Ausgleichung der Kinder unter sich bezielet.

4) Die gegenwärtige Anordnung setzt offenbar voraus, daß diese in den Erbtheil der Regel nach einzurechnenden Gaben bereits zur Zeit der Errichtung der letzten Anordnung wirklich geleistet, oder wenigstens versprochen worden waren. Denn auf eine Gabe, die zur Zeit der Verfassung des Testamentes noch nicht versprochen, und noch weniger geleistet war, konnte der Erblasser keine Rücksicht nehmen; und es ist daher der vor Augen liegende, oben Nr. 2 berührte Grund des Gesetzes auf den hier erwähnten Fall durchaus nicht anwendbar. — Diese meine Behauptung wird auch durch den Nachsatz bekräftiget, indem derselbe von solchen Gaben redet, welche bereits geleistet worden sind [1]).

5) Einem entfernteren Nachkömmlinge (Enkel oder Enkelinn) wird nicht nur das, was er unmittelbar selbst, sondern auch was seine Aeltern zu den gedachten Zwecken (§. 788) empfangen haben abgerechnet, weil er an der gesetzlichen Erbfolge nur vermittelst des Vorstellungsrechtes Theil nimmt. Es entsteht hier die Frage: ob diese gesetzliche Anordnung nur auf die Anrechnung in den gesetzlichen Erbtheil beschränkt, oder auch auf die in den Pflichttheil angewendet werden müsse? — Herr Hofrath von Zeiller behauptet in seinem Commentare das Erstere, und stützet

1) Man vergleiche übrigens hier meine Erläuterung des §. 671. — Ich konnte übrigens die über diesen §. des Gesetzbuches erschienene Abhandlung des Herrn Professor Schuster in der Wagner'schen Zeitschrift 1831, 9. Heft bey Commentirung desselben nicht berücksichtigen, da zur Zeit, als ich selbe erhielt, der 4. Band meines Commentars schon im Drucke befindlich war.

seine Behauptung darauf, daß das Vorstellungsrecht in Bezug auf den Pflichttheil nicht Platz greife. — Allein ich habe das Irrige dieser Behauptung an einem anderen Orte darzustellen versucht (§. 763 Nr. 6), und ist mir dieses gelungen, so ist zugleich meine für das Gegentheil sich aussprechende Meinung gerechtfertiget. — Zu diesem kömmt noch, daß nach §. 765 der Pflichttheil die Hälfte desjenigen ist, was dem Kinde nach der gesetzlichen Erbfolge zugefallen seyn würde; woraus folgt, daß alles, was den gesetzlichen Erbtheil verringert, auch nothwendig den Pflichttheil vermindern müsse, und woraus sich zugleich klar zeigt, daß die den Aeltern eines Enkels geleisteten Gaben auch bey Ausmessung seines Pflichttheiles in Berücksichtigung genommen werden müssen. — Nimmt man an, daß in den Pflichttheil dasjenige nicht eingerechnet werden dürfe, was die Aeltern des Notherben von dem Erblasser erhalten haben, so muß man entweder zugeben, daß der Notherbe bey der reinen Intestat-Erbfolge, wenn gar keine letztwillige Disposition des Erblassers vorliegt, bisweilen einen geringern Erbtheil anzusprechen befugt sey, als ihm der Erblasser im Falle einer letztwilligen Anordnung hinterlassen müßte; oder daß der Pflichttheil auch in dem Falle in Anregung komme, wenn bloß die gesetzliche Erbfolge eintritt, und gar keine Disposition des Erblassers weder unter Lebenden noch auf den Todesfall vorhanden ist. Das eine wie das andere streitet aber gerade zu gegen den Begriff, die Natur und den Zweck des Pflichttheiles. — Einen weiteren Stützpunct liefert der folgende § 793. Er sagt: die Anrechnung des Empfangenen zum Erbtheile geschieht dadurch, daß jedes Kind den nähmlichen Betrag noch vor der Theilung erhält. Nun wird unter dem Ausdrucke „Empfangenen" nicht nur allein dasjenige verstanden, was ein Enkel unmittelbar selbst, sondern auch, was seine Aeltern, an deren Stelle er tritt, empfangen haben. Dieses vorausgesetzt, was keinem Zweifel unterliegen kann, so zeigt der Nachsatz dieses §. klar, daß auch diejenigen Leistungen, welche den Aeltern des Notherben in Voraus gemacht worden sind, in den Pflichttheil eingerechnet werden müssen. Denn er sagt, daß, wenn die Verlassenschaft nicht hinreichend ist, um jedem Kinde, worunter

auch Enkel zu verstehen sind (§§. 42 u. 763), den Betrag des Vorausgegebenen zuzutheilen, das früher begünstigte Kind keinem Erbtheil (folglich auch nicht den Pflichttheil) ansprechen, aber auch zu keiner Erstattung verhalten werden könne.

6) Es liegt in der Natur der Sache, daß, wenn Aeltern ihren Kindern einige aus den im §. 788 erwähnten Gaben aus dem eigenen Vermögen der letzteren geleistet haben, diese einer Anrechnung nicht unterliegen können; indem der §. 788 nothwendig voraussetzt, daß diese Leistungen aus dem Vermögen des Erblassers herrühren. Ob aber die Vermuthung für das Eine oder Andere streite, wird §§. 1224 und 1231 bestimmt.

§. 791.

Was Aeltern außer den erwähnten Fällen einem Kinde zugewendet haben, wird, wenn die Aeltern nicht ausdrücklich die Erstattung sich ausbedungen haben, für eine Schenkung gehalten, und nicht angerechnet.

1) Alle andere, außer den oft gedachten (§. 788) Gaben, betrachtet das Gesetz, wenn deren Ersatz nicht bedungen worden ist, als Geschenke; und es erklärt zugleich, was ohnehin stillschweigend aus dem §. 788 fließt, daß Schenkungen keiner Anrechnung unterworfen seyen. Dahin gehören also auch, wie von Zeiller bemerkt, die bey der Verehelichung eines Kindes verwendeten Kosten auf Braut- und Bräutigams-Geschenke, auf Hochzeitmahle, oder auch zur Bestellung einer Morgengabe, Widerlage oder eines Witwengehaltes, jährliche Beyträge u. dgl.

2) Ist bey diesen und ähnlichen Gaben im Allgemeinen eine Erstattung bedungen, so nimmt sie die Natur einer Schuldforderung an, und sie muß nicht nur allein angerechnet, sondern in die Masse reell geleistet werden, und das damit betheilte Kind ist dieselbe für jeden Fall zu vergüten verbunden. — Haben sich aber die Aeltern keine eigentliche Erstattung, sondern nur die Anrechnung in den gesetzlichen Erbtheil bedungen, dann gilt von einer solchen Gabe das Nähmliche, was von den im §. 788 erwähnten gesagt worden ist. — Was sich ein Aelterntheil an-

rechnen lassen müsse, ist bey Erläuterung des §. 789 vorgekommen. — — Zwischen Seitenverwandten hat eine Anrechnung nur dann, wenn sie ausdrücklich bedungen worden ist, Statt.

§. 792.

Die Aeltern können einem Kinde die Anrechnung auch bey der gesetzlichen Erbfolge ausdrücklich erlassen. Wenn aber die nöthige Erziehung und Versorgung der übrigen Kinder weder aus ihrem eigenen, noch aus dem Vermögen der Aeltern bestritten werden könnte; so muß das Kind dasjenige, was es zu den im §. 788 erwähnten Zwecken im voraus empfangen hat, sich in dem Maße anrechnen lassen, als es zur Erziehung und Versorgung für die Geschwister nothwendig ist.

1) Daß die Aeltern ihrem Kinde die Anrechnung in so weit ausdrücklich erlassen können, als dadurch der Pflichttheil der übrigen Kinder nicht geschmälert wird, fällt in die Begriffe. Zweifelhafter aber ist es, ob sich diese Nachsicht der Aeltern so weit ausdehnen könne, daß dadurch auch der Pflichttheil der übrigen Kinder angegriffen wird. Herr Hofrath von Zeiller sagt in seinem Commentare: „In so fern den Aeltern zu ihren Gunsten das Recht zukommt, von einem Kinde die Zurückstellung des Empfangenen zu verlangen, können sie unfehlbar darauf Verzicht thun, und die Einrechnung erlassen. Nur scheint es, daß dieses nie zum Abbruche des Pflichttheiles der übrigen Kinder geschehen dürfe. Indessen ergeben sich doch Fälle, in welchen die Erlassung der Anrechnung, obgleich dadurch der Pflichttheil der übrigen Kinder vermindert wird, weder ungerecht, noch unbillig ist." Aus diesen hier aufgeführten Worten sieht man deutlich, daß der Herr Commentator sich über die Frage: ob die Erlassung der Anrechnung sich auch auf die Verkürzung des Pflichttheiles der übrigen Kinder ausdehne, nicht bestimmt ausspreche. — — Deutlicher spricht

sich hierüber v. Scheidlein in seinen Miszellen für die bejahende Beantwortung der obigen Frage aus, welcher der Consequenz wegen S. 105 die Anwendbarkeit des §. 951 auch auf die Kinder und rücksichtlich Geschwister in Abrede stellt. — Herr Regierungsrath Winniwarter dagegen behauptet [1]), daß bey der reinen gesetzlichen Erbfolge eine Verletzung des Pflichttheiles durch Nachsicht der Anrechnung nur dann denkbar sey, wenn man von der falschen (?) Voraussetzung ausgeht, daß das im voraus Empfangene zu dem Nachlasse zugeschlagen, und darnach der Pflichttheil berechnet werden müsse. — Allein das Irrige dieser Behauptung habe ich bereits anderswo gezeigt [2]). Meine Ueberzeugung in diesem Puncte ist noch immer die nähmliche, welche ich schon früher geäußert habe [3]), nähmlich: Durch die Erklärung des Erblassers, daß er seinen Kindern die Anrechnung nachsehen wolle, oder durch die stillschweigend dadurch erklärte Nachsicht, daß derselbe seine Kinder zu Erben eingesetzt, ohne ihnen die Anrechnung aufzutragen, wird die Bestätigung an Tag gelegt, daß er diese Gaben als wirkliche Geschenke angesehen wissen wolle. Sie müssen daher auch als solche behandelt werden, und es ist somit der §. 951 auf selbe vollkommen anwendbar.

2) Sollten durch die von den Aeltern angeordnete Unterlassung der Anrechnung die noch nicht begünstigten Notherben in eine solche Lage gesetzt werden, daß der zur nöthigen Erziehung und Versorgung zu machende Aufwand weder aus ihrem eigenen, noch aus dem Vermögen der Aeltern bestritten worden könnte, so greifet die Anrechnung in so weit Platz, als sie zur Erziehung und Versorgung für die Geschwisterte nothwendig ist. Es folgt aus dieser gesetzlichen Bestimmung, daß, a) bevor diese Anrechnung Platz greifen könne, untersucht werden müsse, ob diese bey Lebzeiten des Erblassers noch nicht bedachten Kinder nicht so viel an eigenem Vermögen besitzen, daß hiervon ihre Erziehung und Ver-

---

1) In den Materialien des Herrn Vicepräsidenten Ritter v. Pratobevera 5 Bd. S. 325.

2) Siehe meine Erläuterung der gesetzlichen Bestimmungen über den Pflichttheil. S. 161.

3) Ebenda S. 163.

sorgung bestritten werden könne? — b) daß, wenn die Beantwortung dieser Frage verneinend ausfällt, erforscht werden müsse, ob der überlebende Ehegatte nicht so viel an Vermögen besitze, daß aus diesem der obige Abgang ersetzt werden könne? — c) Fällt auch diese Beantwortung verneinend aus, so muß nach der Regel des §. 42 und 143 dieser Aufwand aus dem Vermögen der Großältern bestritten werden, und erst dann, wenn auch dieses hierzu nicht hinreicht, kann von der Anrechnung Gebrauch gemacht werden.

§. 793.

Die Anrechnung des Empfangenen zum Erbtheile geschieht dadurch, daß jedes Kind den nähmlichen Betrag noch vor der Theilung erhält. Ist die Verlassenschaft dazu nicht hinreichend, so kann zwar das früher begünstigte Kind keinen Erbtheil ansprechen, aber auch zu keiner Erstattung angehalten werden.

1) Die Anrechnung ist, wie bey Erläuterung des §. 787 Nr. 1 bemerkt worden ist, jene Handlung, wodurch Jemanden dasjenige, was ihm bereits aus einem Rechtstitel geleistet worden, oder noch zu leisten ist, von demjenigen, was ihm aus einem anderen Rechtstitel zu entrichten ist, in Abzug gebracht wird. Ist der Betrag desjenigen, was ihm aus diesem letztern Rechtstitel zu entrichten ist, genau bestimmt, so unterliegt nach dieser gegebenen Erklärung des Geschäft der Anrechnung gar keiner Schwierigkeit, es besteht nähmlich in einem bloßen Abzuge der ersteren Leistung von dem letzteren. — Die Anrechnung kann sohin als eine Zahlung in Kürze angesehen werden.

2) Aus eben diesem Grunde hatte auch der Gesetzgeber gar nicht nöthig, sich ausdrücklich darüber zu erklären, wie auf was Weise die Anrechnung der im §. 787 aufgeführten Gaben zu geschehen habe, indem der Pflichttheil ohne Rücksicht auf Vermächtnisse oder andere aus dem letzten Willen entspringende Lasten berechnet wird (§. 786). Die im §. 787 aufgeführten Gaben

legen daher der Ausmittelung des Pflichttheiles keine Schwierigkeit in den Weg, und ist jener bestimmt, so besteht, wie gesagt, das Anrechnungsgeschäft in einem bloßen Abzuge desjenigen, was dem Notherben in dem letzten Willen zugedacht ist, und er aus der Verlassenschaft wirklich erhält, von dem ausgemittelten Betrage des Pflichttheiles.

3) Anders verhält es sich mit den im §. 788 aufgeführten, dem Notherben schon bey Lebzeiten entrichteten Gaben, und zwar sowohl in Bezug auf den gesetzlichen Erbtheil überhaupt, als auf den Pflichttheil insbesondere. — Denn aus dem Titel des gesetzlichen Erbrechtes haben alle Kinder auf eine gleiche Behandlung Anspruch, sie theilen die Erbschaft nach ihrer Zahl in gleiche Theile, somit hat jedes Kind einen gleichen Erbtheil zu fordern (§. 732). Von dieser hier aufgestellten Regel macht der Fall keine Ausnahme, wenn einige aus den Kindern bereits solche im §. 788 bestimmte Gaben bey Lebzeiten erhalten haben. Diese Gaben thun dem Principe der gleichen Behandlung, der sie sich aus dem Titel des gesetzlichen Erbrechtes zu erfreuen haben, keinen Eintrag; nur bey Entrichtung des ihnen gleich ihren Geschwisterten gebührenden Erbbetrages müssen sie sich dasjenige anrechnen, d. i. nach obiger Definition abziehen lassen, was sie bereits bey Lebzeiten an solchen Gaben erhalten haben.

4) Es entsteht sohin die Frage: wie auf was Weise der jedem Kinde treffende Erbtheil in dem Falle auszumitteln ist, wenn ein oder mehrere Kinder bereits bey Lebzeiten solche im §. 788 aufgeführte Gaben erhalten haben, oder, was auf eines hinausläuft, wie die Anrechnung des Empfangenen zum Erbtheile geschehe? — Diese Frage wird nun im gegenwärtigen §. beantwortet. Gesetzt also ein Vater sterbe mit Hinterlassung von dreyen Kindern A, B und C. Von diesen habe die Tochter A bereits ein Heirathsgut von 8000 fl. erhalten. Das reine Verlassenschaftsvermögen betrage 19000 fl. Es muß sohin vor aller Theilung der Tochter A 8000 fl. dem B gleichfalls 8000 fl. und dem C ebenfalls 8000 fl. zugemessen werden. — Da die Tochter A die ihr hier zugewiesenen 8000 fl. bereits schon bey Lebzeiten erhalten

hat, so fallen von der Verlassenschaftsmasse nur 16000 fl. weg, und es bleiben sohin 3000 fl. zur gleichen Vertheilung übrig. Es besteht sohin der Erbtheil jedes der drey Kinder in 8000 fl. + 1000 fl., d.i. in 9000 fl. Da aber die A bereits 8000 fl. bey Lebzeiten erhalten hat, so werden ihr aus der Verlaßmasse nur mehr 1000 fl. bar ausbezahlt. — Die Richtigkeit dieser Verfahrungsweise bey der Anrechnung des Empfangenen zum gesetzlichen Erbtheile ergibt sich nicht nur allein aus dem oben Nr. 3 aufgestellten Principe, daß jedem Kinde ein gleicher Erbtheil zuzuweisen sey, sondern aus den Worten des gegenwärtigen §. selbst, welcher anordnet, daß jedes Kind, folglich auch dasjenige, was bereits schon bey Lebzeiten anrechnungsfähige Gaben erhalten hat, den nähmlichen Betrag noch vor der Theilung erhalte. — Sohin ist nach dem Gesetze nicht nur dasjenige, was ein bereits bey Lebzeiten der Aeltern begünstigtes Kind aus der Verlassenschaft noch erhält, sondern beyde Beträge zusammen, nähmlich jener, den es bereits bey Lebzeiten des Erblassers empfangen hat, mit demjenigen, den es noch aus der Verlassenschaft bekömmt, als der eigentliche Erbtheil des Kindes anzusehen. Denn aus dem Titel des Erbrechtes haben alle Kinder auf einen gleichen Erbtheil Anspruch zu machen, und das Gesetz verordnet keineswegs, daß, wenn ein Kind bereits an anrechnungsfähigen Gaben etwas erhalten hat, dasselbe einen kleineren Erbtheil anzusprechen habe, sondern es verfügt, daß sich dasselbe das bey Lebzeiten des Erblassers Empfangene in jenen Betrag einrechnen, sohin von selbem dasjenige abziehen lassen müsse, was es aus dem Titel des gesetzlichen Erbrechtes in Anspruch nehmen könnte. Um aber diesen Abzug machen zu können, muß vorerst ausgemittelt werden, wie viel der gesetzliche Erbtheil für jedes Kind betrage, und sohin wird im gegenwärtigen Paragraphe die Art und Weise dieser Ausmittelung angegeben.

5) Indem man vor aller Theilung jedem Kinde den nähmlichen Betrag zuweiset, den das am meisten begünstigte Kind bey Lebzeiten des Erblassers erhalten hat, sind eigentlich drey Fälle gedenkbar. Entweder a) bleibt nach geschehener Zuweisung dieses Betrages noch Etwas in der Verlassenschaft übrig, oder b) es

reicht die Verlassenschaft nicht einmahl hin, den weniger oder gar noch nicht begünstigten Kindern so viel zuzutheilen, daß die vom Gesetze hier beabsichtigte Gleichheit hergestellt werde, oder c) die Verlassenschaft reicht gerade dazu hin; — so, daß sie durch diese vorläufige Zuweisung völlig erschöpft wird. Von dem ersteren Falle ist oben Nr. 4 gesprochen worden; in dem zweyten Falle zeigt es sich, daß das früher begünstigte Kind ohnehin schon bey Lebzeiten mehr erhalten habe, als sein gesetzlicher Erbtheil beträgt; es wird daher von der Theilung der Verlassenschaft ganz ausgeschlossen, jedoch ist dasselbe in keinem Falle gehalten, eine Erstattung in die Verlassenschaftsmasse zu leisten, gesetzt auch, daß dadurch die anderen Kinder so verkürzt würden, daß sie nicht einmahl so viel aus der Verlassesmasse erhielten, als ihr Pflichttheil betragen haben würde, wenn der Erblasser bey seinen Lebzeiten keine der im §. 788 berührten Gaben geleistet hätte. Denn das Gesetz spricht hier ganz allgemein. Für den letzten, ohnehin kaum gedenkbaren Fall, daß die Verlassenschaft durch die vorläufige Zuweisung auf Einen Kreuzer erschöpft würde, hat das Gesetz zwar keine ausdrückliche Bestimmung festgesetzt; es war dieses aber auch nicht nothwendig, weil es in diesem Falle gleichgültig ist, ob nach Maßgabe des Eingangs des gegenwärtigen §. die Theilung wirklich vorgenommen, oder das begünstigte Kind gleich davon ausgeschlossen wird, weil es in keinem Falle Etwas aus der Verlassenschaft erhält. Denn da in diesem Falle der Erbtheil des früher begünstigten Kindes gerade so viel beträgt, als es bereits an anrechnungsfähigen Gaben erhalten hat, welchen Betrag es sich von dem Erbtheile abziehen lassen muß, — so ist der Betrag, den es noch anzusprechen hat, = 0.

6) Die Art und Weise der Anrechnung in den gesetzlichen Erbtheil wäre daher auf diese Art ins Reine gestellt. — Nun gehe ich zur Beantwortung der Frage über, wie die Anrechnung in den Pflichttheil vorzunehmen sey? — Ueber diesen Gegenstand herrschen unter den österreichischen Rechtsgelehrten die verschiedenartigsten Ansichten. Um das so oft Gesagte hier nicht mehr wiederhohlen zu müssen, berufe ich mich auf die bereits hierüber

erschienenen Werke und Abhandlungen [1]). Ich hege gegenwärtig die Ansicht und Ueberzeugung, daß diese Anrechnung keinen Schwierigkeiten unterliegen könne, wenn sich dasjenige vor Augen gehalten wird, was oben Nr. 1 und 3 von der Anrechnung überhaupt, und Nr. 4 von der Anrechnung der im §. 788 aufgeführten Gaben in den gesetzlichen Erbtheil insbesondere gesagt worden ist. Diesem zu Folge besteht nähmlich der eigentliche Act der Anrechnung in den gesetzlichen Erbtheil immer nur in einem Abzug dessen, was das eine oder andere Kind an den im §. 788 bestimmten Gaben bey Lebzeiten des Erblassers erhalten hat, von dem ihm aus dem Titel des gesetzlichen Erbrechtes gebührenden Betrage, und der gegenwärtige §. schreibt lediglich die Art und Weise vor, wie in dem Falle, wenn mehrere Kinder als Erben eintreten, von denen einige bereits solche Gaben erhalten haben, der jedem Kinde gebührende gesetzliche Erbtheil auszumitteln ist. — Eben so muß nun bey der Anrechnung in den Pflichttheil vor Allem ausgemittelt werden, worin eigentlich der Pflichttheil bestehe? — Ist diese Frage erörtert, dann bestehet der Act der Anrechnung gleichfalls nur in einem Abzug dessen, was das Kind bereits an anrechnungsfähigen Gaben erhalten hat. — Wie auf was Weise ist aber der Betrag des Pflichttheiles auszumitteln, wenn bereits ein Kind solche anrechnungsfähige Gaben erhalten hat? — Diese Frage beantwortet sich aus dem, was ich oben Nr. 4 behauptet habe, daß in jenen Fällen, wo die Anrechnung Platz greift, der gesetzliche Erbtheil eines Kindes aus jenem Betrage bestehe, welchen das am meisten begünstigte Kind bereits bey Lebzeiten des Erblassers an anrechnungsfähigen Gaben erhalten hat, dann aus jenem, welchen es aus der gleichen Theilung noch aus der Verlassenschaft zu bekommen hat. Die Hälfte davon ist der Pflichttheil. Sind nun mehrere Kinder vorhanden, so

---

1) Zeillers Commentar §. 737, Scheidleins Miscellen 2. Heft, S. 61, dann 88 u. f. w. Fügers adeliges Richteramt 4. Auflage 1. Th., S. 239 u. f. w. Pratobevera's Materialien 5. B., S. 315 u. f. w., und 6. B. S. 63 u. f. w., meine Erläuterung der gesetzlichen Bestimmung über den Pflichttheil S. 79 — 106, Dr. Czada's Abhandlung über die richtige Ausmessung und vollständige Entrichtung des Pflichttheiles S. 53 — 165. Bergmayrs bürgerliches Recht der österreichischen Armee 2. Th., 2. B, S. 467 — 473.

muß der Betrag, der noch zu dem bereits Empfangenen hinzuzuschlagen ist, auf die im gegenwärtigen §. vorgeschriebene Art und Weise berechnet werden; würde sich dabey zeigen, daß das Kind bereits bey Lebzeiten so sehr begünstigt worden ist, daß es von dem Anspruche auf einen Erbtheil ausgeschlossen ist, so hat dasselbe, wie es in die Augen springt, auch auf einen Pflichttheil keinen Anspruch zu machen; es ist also auf diesen früher begünstigten Notherben keine Rücksicht zu nehmen, sondern der Pflichttheil in der Art zu bemessen, als wenn dieser Notherbe gar nicht existirte. Ich will nun das hier Gesagte durch Beyspiele erläutern. Gesetzt der Vater A hinterlasse eine einzige Tochter, welcher er bey Lebzeiten 6000 fl. als Heirathsgut gab, und beschränke dieselbe in seiner letztwilligen Anordnung auf den Pflichttheil. Der Nachlaß betrage 12000 fl., sohin wird der Pflichttheil seyn $\frac{6000 + 12000}{2} = 9000$ fl. + und da die Tochter bereits 6000 fl. bey Lebzeiten an anrechnungsfähigen Beträgen erhalten hat, so wird dieselbe 3000 fl. aus der Verlassenschaft ihres Vaters erhalten, die übrigen 9000 fl. bekömmt der eingesetzte Erbe. — Setzen wir nun einen anderen Fall. — Der Vater A hinterlasse drey Söhne B, C und D, und ein Vermögen von reinen 12000 fl. — B habe von ihm bey seinem Leben zum Antritte eines Gewerbes 3000 fl., C zur Ausstattung 2000 fl., D hingegen nichts erhalten. In diesem Falle muß nun die Ausmittelung des gesetzlichen Erbtheiles in der Art vor sich gehen, daß jedes Kind den nähmlichen Betrag noch vor der Theilung erhält, den das am meisten begünstigte Kind schon bey Leben des Vaters empfangen hat, d. i. im vorliegenden Falle jedem Kinde muß der gleiche Betrag von 3000 fl. zugemittelt werden. Sohin würden folgende Zuweisungen gemacht: B = 3000 fl., C 2000 + 1000 fl. und D 3000 fl. Damit nun jeder Sohn den nähmlichen Betrag erhalten konnte, mußten dem C 1000 fl. und dem D 3000 fl. aus der Verlassenschaftsmasse zugewiesen werden, es bleiben sohin noch 8000 fl. darinnen, wovon jedes Kind den dritten Theil zu bekommen hat. Es beträgt also der gesetzliche Erbtheil für jedes Kind 3000 + 2666 fl. 40 kr. = 5666 fl. 40 kr., und sohin

der Pflichttheil 2833 fl. 20 kr. Da nun der B bereits 3000 fl. an anrechnungsfähigen Gaben erhalten hat, so bekömmt er aus der Verlassenschaft nichts mehr, hat aber auch nichts zu erstatten; der C aber, der 2000 fl. bey Lebzeiten des Erblassers erhielt, bekömmt noch 833 fl. 20 kr. und D die vollen 2833 fl. 20 kr., und es bleibt sohin dem Erblasser eine Summe von 8333 fl. 20 kr. zur freyen Disposition übrig. Nehmen wir noch ein drittes Beyspiel. — Der Vater A hinterlasse drey Söhne B, C und D, und ein Vermögen von reinen 9000 fl.; B habe von ihm zum Antritte eines Gewerbes 8000 fl., C zur Ausstattung 1000 fl., D hingegen nichts erhalten. — Schreitet man hier nun nach Vorschrift des gegenwärtigen §. zur Ausmittelung des gesetzlichen Erbtheiles, so ist ersichtlich, daß man, um jedem Kinde den gleichen Betrag vor der Theilung zuzumessen, 15000 fl. aus der Verlassenschaftsmasse nehmen müßte, indem man dem C zur Ausgleichung 7000 fl. und dem D die vollen 8000 fl. aus der Masse zuweisen müßte. Da nun die in 9000 fl. bestehende Verlassesmasse dazu nicht hinreicht, so muß B bey der Berechnung des Pflichttheiles ganz außer Acht gelassen werden. Sohin wird lediglich, damit der C und D gleiche Beträge erhalten, die Summe von 1000 fl. aus der Verlassesmasse genommen, und die übrigen 8000 fl. in zwey gleiche Theile getheilt, wornach sich zeigt, daß der gesetzliche Erbtheil für C und D 5000 fl. beträgt. Die Hälfte davon ist nun der Pflichttheil, und es wird sohin C, da er bereits 1000 fl. an anrechnungsfähigen Gaben erhalten hat, noch 1500 fl., und der D die vollen 2500 fl. erhalten, und 5000 fl. bleiben dem Erblasser zur freyen Disposition übrig. — Wenn nur Ein Kind vorhanden ist, so ist, wie bereits erwähnt wurde, dasjenige, was das Kind bereits bey Lebzeiten an solchen Gaben erhalten hat, zu demjenigen, was der Erblasser hinterläßt, hinzuzuzählen; die Hälfte dieser Summe ist der Pflichttheil. — Der Beweis hiervon kann mit mathematischer Genauigkeit geliefert werden. Man setze den Pflichttheil $= P$; das Empfangene $= E$ und die Erbschaftsmasse $= M$, so läßt sich obige Behauptung in folgende Formel darstellen: $P = \frac{E + M}{2}$.

Es ist nun eben so mathematisch gewiß, daß bey gleichen Verhältnissen der Pflichttheil, wenn nur Ein Kind vorhanden ist, gerade das Doppelte von dem betragen müsse, was auf selbes als Pflichttheil entfallen würde, wenn zwey Kinder vorhanden wären. Wären aber zwey Kinder vorhanden, so wird die Formel lauten:

$$2\,P\,^{1}) = E + \frac{M - E}{2}, \text{ oder}$$

$$4\,P = 2\,E + M - E, \text{ oder}$$

$$4\,P = E + M, \text{ oder}$$

$$P = \frac{E + M}{4} \text{ sohin, wenn nur ein Kind vor-}$$

handen ist, das Doppelte:

$$P = \frac{E + M}{2}\,^{2}).$$

7) Diese hier entwickelte Anrechnungsmethode stimmt in ihrem Resultate ganz mit derjenigen überein, welche ich in meiner Erläuterung der gesetzlichen Bestimmungen über den Pflichttheil als die den Forderungen des Gesetzes entsprechende darzustellen versuchte, welche aber dort, wie der Herr Recensent derselben mit Grund bemerkte, durch den Wortlaut des Gesetzbuches nicht hinreichend begründet wurde. — Da indessen dem Juristen eigentlich an dem Resultate einer Berechnung, nicht an der Form derselben, gelegen seyn muß, und er ein Berechnungsart, die mit einer anderen ein ganz gleiches Resultat liefert, nicht deßwegen allein als gesetzwidrig erklären kann, weil jene sich nicht so wie diese aus den Worten des Gesetzes rechtfertigen läßt, so liegt in dieser hier von mir aufgestellten Berechnungsart zugleich die Be-

1) Da der Pflichttheil die Hälfte des gesetzlichen Erbtheiles ist, so ist der doppelte Pflichttheil gleich dem gesetzlichen Erbtheile.

2) Man nehme an, der Vater hinterlasse einen Sohn und eine Tochter, und ein Vermögen von 12000 fl. — Die Tochter habe 6000 fl. an Heirathsgut erhalten. Es müsse sohin der Tochter 6000 fl. und dem Sohne gleichfalls 6000 fl., d. i. sohin der Betrag des bereits Empfangenen zugewiesen werden. Weil aber die einen 6000 fl. aus der Masse genommen werden müßten, so sind nunmehr 12000 fl. — 6000 fl. unter die beyden Kinder in gleiche Theile zu vertheilen. Sohin besteht der Erbtheil, oder was eines ist, der doppelte Pflichttheil für jedes Kind in 6000 fl. + $\frac{12000\text{ fl.} - 6000\text{ fl.}}{2}$, sohin in 6000 fl. + 3000 fl., d. i. in 9000 fl.

stätigung der Richtigkeit meiner früheren festgestellten Anrechnungsart. — Durch diese Anrechnungsmethode wird auch dasjenige aufrecht erhalten, was ich bey Erläuterung des §. 765 Nr. 5 zu erweisen versuchte, daß der Pflichttheil für jedes Kind gleich seyn müsse; dann was ich bey Erläuterung des §. 788 Nr. 7 bemerkte, daß nähmlich die Anrechnung in den Pflichttheil ohne Unterschied Platz greifen müsse, gleichviel, ob nur ein oder mehrere Kinder vorhanden sind. Wollte man diese letztere Behauptung selbst in Zweifel ziehen, so muß man sich doch zum mindesten den Fall als möglich denken, daß im Falle eines Prozesses der Richter nach meiner Ansicht erkennen, oder das auf den Pflichttheil beschränkte Kind freywillig das Recht der Anrechnung anerkennen werde. In den letzteren beyden Fällen müßte sohin nothwendig die Anrechnung auch bey dem Vorhandenseyn eines einzigen Kindes vor sich gehen; es kann also eine Anrechnungsart nicht die wahre seyn, welche sich auf diese möglichen Fälle gar nicht anwenden läßt. — Ein Fall der Anrechnung bey dem Vorhandenseyn eines einzigen Kindes würde auch ganz zweifelsfrey dann eintreten, wenn der Erblasser demselben bey Lebzeiten eine Gabe, zu der er in keiner Rücksicht verpflichtet war, unter der ausdrücklichen Begingung geleistet hätte, daß es sich dieselbe seiner Zeit in den Pflichttheil einrechnen lassen müsse (§. 788 Nr. 6).

8) Wie hat die Anrechnung dann zu geschehen, wenn ein Notherbe, welcher bereits solche zur Anrechnung geeignete Gaben im voraus erhalten hat, des Rechtes, einen Pflichttheil zu fordern, verlustiget wird? — Der §. 767 sagt, daß ein solcher Notherbe bey Ausmessung des Pflichttheiles so betrachtet werde, als wenn er gar nicht vorhanden wäre. Wenn man daher ganz an dem Buchstaben des Gesetzes kleben bleibt, so dürfen solche vorausgegangene Leistungen in diesem Falle gar nicht berücksichtiget werden. Allein es liegt in der Natur der Sache, daß derjenige, welcher schon solche Gaben empfangen hat, die in den Pflichttheil eingerechnet werden, daher gleichsam schon Theile desselben ausmachen, nur mehr von dem Ueberreste, der ihm noch zu Guten käme, nicht aber von dem ganzen Pflichttheile selbst ausgeschlossen werden könne; denn sonst müßte er offenbar das bereits Erhaltene

wieder rückzuvergüten, was das Gesetz nirgends anordnet. — Daraus folgt, daß dieser Notherbe in Ansehung desjenigen, was er bereits bey Lebzeiten an derley auf Rechnung des Pflichttheiles geleisteten Gaben erhalten hat, wie jeder andere Notherbe behandelt werden müsse, und daß die Disposition des §. 767 nur auf jene Beträge anzuwenden sey, welche der Notherbe noch zu bekommen hätte. Hätte daher in dem oben Nr. 6 gegebenen Beyspiele der C, welcher bereits 2000 fl. als Ausstattung erhalten hat, auf den Pflichttheil Verzicht geleistet, so müßte ganz auf die dort erwähnte Weise der Pflichttheil für jedes Kind ausgewiesen werden, wornach sich zeigte, daß jedes Kind 2833 fl. 20 kr. als Pflichttheil zu erhalten habe. — Die Verzichtleistung des C betrifft daher nur den Betrag von 833 fl. 20 kr., und in Ansehung dieses Betrages geschieht daher die Ausmessung in der Art, als ob er gar nicht vorhanden wäre. Es sind zur Ausmittelung des gesetzlichen Erbtheiles dem B die Hälfte mit 416 fl. 40 kr. und dem D die andere Hälfte mit 416 fl. 40 kr. zuzuweisen, so, daß nunmehr der gesetzliche Erbtheil für jeden dieser beyden Brüder 6083 fl. 20 kr., und sohin der Pflichttheil für jeden 3041 fl. 40 kr. beträge; sohin würde B noch 41 fl. 40 kr. und der D die vollen 3041 fl. 40 kr. als Pflichttheil bekommen, und dem Vater würden 8916 fl. 40 kr. zur Disposition übrig bleiben. Würde man auch hier ganz bey den Buchstaben des §. 767 stehen bleiben, und bey der Bemessung des Pflichttheiles den C ganz aus dem Spiele lassen, so würde man auf ein Resultat gelangen, das von dem Gesetzgeber unmöglich bezielet worden seyn konnte. — Man müßte nähmlich zur Ausmittelung des gesetzlichen Erbtheiles dem C 3000 fl. aus der Verlassesmasse zur vorläufigen Gleichstellung mit dem B zuweisen, dann die übrig bleibenden 9000 fl. zwischen beyden theilen, so, daß auf jeden ein gesetzlicher Erbtheil von 7500 fl., und sohin ein Pflichttheil von 3750 fl. entfiele. Somit hätte der B, der bereits bey Lebzeiten des Erblassers 3000 fl. erhielt, noch . . . . . 750 fl.
und der D die vollen . . . . . 3750 =
beyde zusammen also . . . . . 4500 =
als Pflichttheil aus der Verlassenschaftsmasse zu bekommen, und dem

Erblasser würden 7500 fl., folglich weniger zur Disposition übrig bleiben, als ihm übrig geblieben seyn würde, wenn er auch den C mit einem Pflichttheile hätte bedenken müssen. — Indessen weicht meine Berechnung auch im Resultate von derjenigen ab, welche ich in meiner Erläuterung der gesetzlichen Bestimmungen über den Pflichttheil §. 82 aufgeführt habe, nach welcher im vorliegenden Falle der Pflichttheil für den B und D 3250 fl. betrüge. — Allein ich muß diese Berechnung hier als irrig erklären. Der Irrthum liegt nähmlich darin, daß ich den Betrag von 833 fl. 20 kr., auf welchen der C eigentlich Verzicht geleistet hat, lediglich den beyden übrigen Notherben zuwies; allein eben deßwegen, weil in Ansehung dieses Betrages der Notherbe C bey der Ausmessung des Pflichttheiles so betrachtet werden muß, als wenn er gar nicht vorhanden wäre, fallen diese 833 fl. 20 kr. der Gesammtmasse anheim, und es dürfen daher dieselben nicht den übrigen Notherben allein, sondern müssen auch zum Theile dem Dispositionsrechte des Vaters zu Guten kommen.

9) Es versteht sich übrigens von selbst, daß auf eben jene Art und Weise die Anrechnung in den Pflichttheil der Aeltern zu geschehen hat, in so weit selbe Platz greift.

§. 794.

Bey jeder Anrechnung wird, wenn das Empfangene nicht im baren Gelde, sondern in anderen beweglichen oder unbeweglichen Sachen bestand, der Werth der letzteren nach dem Zeitpuncte des Empfanges; der ersteren dagegen nach dem Zeitpuncte des Erbanfalles bestimmt.

1) Der Grund des gemachten Unterschiedes zwischen beweglichen und unbeweglichen Sachen liegt ohne Zweifel darin: Ein Notherbe erwirbt von den im voraus empfangenen Gegenständen, vermöge des Zweckes, aus dem sie gegeben werden (§. 768), sogleich das Eigenthum, doch mit der Verbindlichkeit der künftigen Anrechnung (§§. 780 und 790) ohne Ersatz der mittlerweile bezogenen Zinsen, Nutzungen, und des Gebrauches (§. 362), er hat daher nur die Verpflichtung, den Werth der

Substanz sich anrechnen zu lassen [1]). Bey unbeweglichen Gütern ist nun eine Abnutzung der Substanz nicht so, wie bey beweglichen Gütern anzunehmen, alle beweglichen Güter verlieren der Regel nach in der Zeit immer mehr an ihrem Werthe, dagegen erhalten sich die unbeweglichen Güter zum wenigsten in einem gleichen Werthe, wenn sie nicht in selbem sogar vergrößert werden. Es ist fast immer ein Zeichen eines nachlässigen Gutsbesitzers, wenn während seines Besitzthumes die Gründe verschlechtert werden u. s. w.; dagegen kann dem Besitzer beweglicher Sachen nichts zur Last gerechnet werden, wenn sie nach einiger Zeit am Werthe abgenommen haben. Es ist daher anzunehmen, daß, wenn die im voraus gegebenen unbeweglichen Güter noch in der Verlassenschaft des Gebers befindlich wären, sich dieselben noch in dem alten Zustande befinden würden, wo hingegen bey beweglichen Sachen vorausgesetzt werden muß, daß selbe in keinem besseren Zustande aus den Händen des Erblassers in die Verlassenschaftsmasse gekommen seyn würden; und dieses ist ohne Zweifel der Grund, warum unbewegliche Güter bey Anrechnung derselben in den Pflichttheil nach dem Werthe, welchen sie am Zeitpuncte, als sie dem Notherben überlassen wurden, bewegliche aber nach dem Zeitpuncte des Erbanfalles bestimmet werden. — Bey den letzteren wird natürlich vorausgesetzt, daß der Notherbe sie noch besitze, und nicht in einem bestimmten Geldbetrage übernommen habe; besitzt er sie aber nicht mehr, so wird ihr Werth nach dem Zeitpuncte des Empfanges, mit Rücksicht auf die mittlerweilige Abnützung und auf andere Verhältnisse, welche vielleicht dergleichen Sachen überhaupt in der Folge in ihrem Werthe herabgesetzt haben, erhoben. Der zufällige Untergang des ganzen oder eines Theiles des empfangenen Gegenstandes aber trifft den Empfänger als Eigenthümer.

2) Es entsteht hier die Frage, ob, wenn der Erblasser selbst den Preis, um welchen das vorausgegebene Gut anzurechnen sey, bestimmt hat, dieser Preis bey der Anrechnung angenommen werden müsse? — Was den Empfänger anbelangt,

1) Siehe Zeillers Commentar.

so ist dieser nicht verpflichtet, diesen Preis gelten zu lassen (§. 774), aber von den übrigen Notherben kann er nur in dem Falle beanständet werden, wenn ihre Erziehung und Versorgung weder aus ihrem noch aus dem Vermögen der Aeltern bestritten werden könnte (§. 792).

§. 795.

Anspruch des Notherben auf den nothwendigen Unterhalt.

Einem Notherben, der von seinem Pflichttheile selbst gesetzmäßig ausgeschlossen wird, muß doch immer der nothwendige Unterhalt ausgemessen werden.

Die Verbindlichkeit der Aeltern, ihre Kinder zu erziehen und zu versorgen, ist unauslöschlich, und geht selbst in Ansehung unehelicher Kinder gleich einer anderen Schuld auf die Erben der Aeltern über. Auch ist bereits §. 763 gesagt worden, daß der gesetzliche Grund der Festsetzung eines Pflichttheiles keineswegs in der Versorgungspflicht der Aeltern liege; daher kann sich auch die Befreyung der Aeltern von der Verbindlichkeit, ihren Kindern einen Pflichttheil zu hinterlassen, nicht dahin ausdehnen, daß sie ebenfalls der Verpflichtung, ihnen den mangelnden nothwendigen Unterhalt zu verschaffen, entlediget würden. — Daher gegenwärtige Anordnung. Aus dem allgemeinen Ausdrucke „Notherben," dessen sich der Gesetzgeber in diesem §. bedient, gehet auch hervor, daß hierunter keineswegs die Kinder allein, sondern auch die Aeltern begriffen seyn, und daher auch den Kindern die Verbindlichkeit obliege, ihren Aeltern den mangelnden nothwendigen Unterhalt zu hinterlassen. Aus der klaren Absicht des Gesetzgebers, die aus der gegenwärtigen Anordnung hervorleuchtet, rechtfertigt sich auch die weitere Behauptung, daß in dem Falle, als der Erblasser den Notherben bloß auf den Pflichttheil beschränkte, dieser aber nicht hinreichte, demselben den nothwendigen Unterhalt zu verschaffen, der Notherbe sich mit dem Pflichttheile zu begnügen nicht angehalten werden könnte, sondern dafür den nothwendigen Unterhalt anzusprechen berechtiget wäre.

§. 796.

Anspruch des Ehegatten auf den anständigen Unterhalt.

Ein Ehegatte hat zwar kein Recht auf einen Pflichttheil; es gebührt ihm aber, wenn für den Fall des Ueberlebens keine Versorgung bedungen worden ist, und so lange er nicht zur zweyten Ehe schreitet, der mangelnde anständige Unterhalt. Ein aus seinem Verschulden geschiedener Ehegatte hat darauf keinen Anspruch.

1) Das Gesetz bestimmt für den Ehegatten keinen Pflichttheil, weil er sich, wie v. Zeiller bemerkt, über den künftigen Unterhalt in den Ehepacten sicher stellen kann, und wenn er minderjährig ist, sogar Amtswegen dafür gesorgt werden muß. — Ueberdieß verordnet das Gesetz, daß dem überlebenden Ehegatten (Mann oder Frau) der anständige Unterhalt, jedoch unter folgenden Einschränkungen, gebühren soll.

2) Vor Allem darf für den Fall des Ueberlebens keine Versorgung bedungen worden seyn. Sobald aber eine Versorgung durch Uebereinkommen festgesetzt ist, kann sie unter dem Vorgeben, daß der Betrag den anständigen Unterhalt nicht erreiche, nach strengem Rechte nicht mehr bestritten werden. Denn eben dadurch, daß in den Ehepacten schon auf den Fall des Ueberlebens eine Vorsehung getroffen wurde, hat sich jeder Ehegatte stillschweigend verbindlich gemacht, sich damit zu begnügen. Dagegen darf sich der überlebende Ehegatte mit jener Versorgung, welche ihm durch die letztwillige Anordnung ausgeworfen wurde, nicht begnügen, wenn dieselbe sich nicht so hoch beläuft, daß hiervon der mangelnde anständige Unterhalt bestritten werden kann. Schreitet der Ehegatte zur zweyten Ehe, so hört dieser Unterhalt auf.

3) In dem Falle, als der anständige mangelnde Unterhalt mehr beträgt, als der gesetzliche Erbtheil selbst, so scheinen sich die Erben des verstorbenen Ehegatten von der Verbindlichkeit, dem überlebenden Ehegatten den mangelnden anständigen

Unterhalt abzureichen, dadurch befreyen zu können, daß sie demselben jenen Erbtheil abtreten, der ihm in dem Falle zugekommen seyn würde, wenn keine letztwillige Anordnung vorhanden gewesen wäre. Denn die Schuldigkeit, dem überlebenden Ehegatten den mangelnden anständigen Unterhalt zu verschaffen, tritt offenbar an die Stelle des Pflichttheiles, welcher nach dem gegenwärtigen Gesetzbuche nur mehr den Aeltern und Kindern zuerkannt ist, nach dem westgallizischen Gesetzbuche aber auch dem überlebenden Ehegatten ausgemessen war [1]). Da nun der gesetzliche Erbtheil nie geringer als der Pflichttheil seyn kann (§. 765), so konnte auch die Absicht des Gesetzgebers nicht dahin gehen, die Erben des verstorbenen Ehegatten in Betreff des überlebenden Ehetheiles mit etwas mehrerem zu bebürden, als in den §§. 757 und 758 des b. G. B. bestimmt ist.

4) Sind die Ehegatten von Tisch und Bett geschieden, so kömmt es vor Allem darauf an, ob die Scheidung durch gemeinschaftliches Einverständniß zu Stande gekommen ist oder nicht. — Im letzteren Falle hat der geschiedene Ehegatte nur dann Anspruch auf den mangelnden anständigen Unterhalt, wenn er an der Scheidung schuldlos ist. — Ist die Scheidung eine freywillige, so liegt gegen keinen der Ehegatten ein Beweis einer Schuld vor, es kann daher auch keinem dieser Unterhalt entzogen werden. — Ich habe zwar sowohl in meiner Darstellung der Rechte der Ehegatten in Beziehung auf ihr Vermögen [2]), als in meiner Erläuterung der gesetzlichen Bestimmungen über den Pflichttheil [3]) das Gegentheil behauptet, und mich dahin geäußert, daß bey einer freywilligen Scheidung jeder Theil als an der Scheidung schuldtragend angesehen werden müsse; weil hier die Scheidung, welche der Gesetzgeber als ein Uebel für die bürgerliche Gesellschaft ansieht, durch den Willen beyder Theile zu Stande gekommen sey. — Allein ein sorgfältigeres, reiferes Nachdenken hierüber hat in mir die gegentheilige Ueberzeugung hervorgebracht — Der vorzüglichste Grund, der mich

1) 2. Theil §. 562.
2) §. 26.
3) §. 125

zum Widerruf meiner früheren Behauptung bewegt, liegt in dem Inhalte des Hofdecretes vom 23. August 1819 (J. G. S. Nr. 1595) §. 3, welches den Richter selbst anweiset, den Versuch zu machen, daß die Streitigkeiten der Eheleute durch gütlichen Vergleich entweder in der Art beygelegt werden, daß das Scheidungsgesuch freywillig zurückgenommen, oder die aus vollgültigen Gründen verlangte Scheidung von dem anderen Theile ohne rechtliches Erkenntniß auf bestimmte oder unbestimmte Zeit bewilliget werde. — Wenn nun der Richter selbst angewiesen ist, den Versuch zu machen, die Streitigkeit auf die eine oder andere Art durch Vergleich abzuthun, so kann wohl auch den Ehegatten nicht zur Last gelegt werden, wenn sie früher unter sich ein Einverständniß treffen, wodurch vermieden werden soll, daß die einem oder anderem Ehegatten zur Last fallenden Gebrechen nicht öffentlich zu Sprache kommen; im Gegenfalle würde der schuldlose Ehegatte, um die Folgen der eigenen Schuld von sich hintanzuhalten, gezwungen werden, das Verschulden des anderen Theils, das er aus Humanität gerne vor den Augen der Welt verborgen hielte, ohne alle Nothwendigkeit zur Oeffentlichkeit zu bringen. — Da nun auch bey einer freywilligen Scheidung solche Gründe vorhanden seyn können, welche dem einen oder anderen Theile die moralische Nothwendigkeit auflegen, die Scheidung zu begehren, in welchem Falle man von einem Verschulden dieses Ehetheiles nicht sprechen, und daher auch nicht immer sagen kann, die freywillige Scheidung gründe sich lediglich auf den freyen Willen beyder Ehegatten; so kann man auch nicht behaupten, daß hier beyden Theilen ein Verschulden zur Last falle. Es muß daher vielmehr angenommen werden, daß keinem Theile ein Verschulden zu Last falle, weil die Vermuthung immer für die Nichtexistenz eines Verschuldens streitet (§. 1296), und bey vorhandenen gegründeten Ursachen, z. B. bey anhaltenden, mit Gefahr der Ansteckung verbundenen Leibesgebrechen, die Scheidung als kein Uebel in der bürgerlichen Gesellschaft angesehen werden kann.

Fünfzehntes Hauptstück.

Von Besitznehmung der Erbschaft.

§. 797.

Bedingungen zur rechtlichen Besitznehmung einer Erbschaft.

Niemand darf eine Erbschaft eigenmächtig in Besitz nehmen. Das Erbrecht muß vor Gericht verhandelt und von demselben die Einantwortung des Nachlasses, das ist, die Uebergabe in den rechtlichen Besitz, bewirket werden.

§. 798.

Wie weit das Gericht nach einem Todesfalle von Amtswegen vorzugehen habe, und welche Fristen und Vorsichtsmittel bey diesem Abhandlungsgeschäfte zu beobachten seyen, bestimmen die besonderen, über das gerichtliche Verfahren bestehenden Vorschriften. Hier wird festgesetzt, was dem Erben, oder demjenigen, der sonst einen Anspruch auf die Verlassenschaft hat, zu thun obliege, um zum Besitze dessen, was ihm gebührt, zu gelangen.

1) Sobald das Gericht, auf was immer für eine Weise, in die Kenntniß kömmt, daß eine Erbschaft eröffnet sey, welches der Regel nach bey dem sich ereigneten Todfalle eines Menschen der Fall ist, hat dasselbe sogleich Amteswegen einzuschreiten, und zu besorgen, daß der Nachlaß von der Gefahr eines widerrechtlichen Eingriffes gesichert, derselbe ungeschmälert erhalten, und seiner Zeit demjenigen, welchem er gebühret, eingehändiget werde [1]).

---

1) Die Abhandlungsbehörden haben daher die Anstalt zu treffen, daß ihnen alle Todesfälle, die sich in ihren Jurisdictions-Bezirken ereignen, sogleich bekannt gemacht werden. Auch Todesfälle mittelloser Personen sind der Regel nach dem Gerichte anzuzeigen, und die hierüber aufgenommenen Sperrberichte

Die erste Amtshandlung, die das Gericht dießfalls zu pflegen hat, besteht in der Vornahme der gerichtlichen Sperre. Was und wie vielfach dieselbe sey, ist bereits bey Erläuterung des §. 223 gesagt worden, daher sich hier lediglich darauf bezogen wird. Der Zweck dieser gerichtlichen Amtshandlung besteht theils in der augenblicklichen Vorsorge, das Vermögen des Verstorbenen in dem Stande zu erhalten, in dem es sich zur Zeit des Todfalles befindet; dann theils diejenigen Personen auszuforschen, welchen als Erben oder als Legataren ein Anspruch auf diesen Nachlaß zustehet. — Darum hat der Commissär sich bey den Hausleuten und an anderen dienlichen Orten zu erkundigen, auch unter den Schriften und Briefschaften des Verstorbenen (stets aber in Gegenwart der zwey Zeugen) nachzusuchen, ob ein letzter Wille vorhanden sey, und wenn ein solcher vorgefunden wird, denselben zu erheben und dem Sperrberichte ohne Eröffnung und ohne Verletzung der Siegel beyzulegen[2]). Sollten gegründete Anzeigen vorkommen, daß den letzten Willen ein Dritter in Händen, oder daß der Verstorbene denselben vor Zeugen mündlich errichtet habe; so ist hiervon in dem Sperrberichte Erwähnung zu thun, und es sind in dem letzteren Falle auch die Testamentszeugen nahmhaft zu machen. Sollte an dem vorgefundenen Testamente eine Verletzung des Siegels oder irgend eine andere Bedenklichkeit bemerkt werden, so ist dieses in dem Speerberichte genau zu bemerken.

2) Im Falle der engen Sperre wird das bare Geld (in so weit dieses nicht zur Fortsetzung der häuslichen Verwaltung nothwendig ist), die öffentlichen und Privat-Urkunden, Gold- und Silbergeräthschaften und andere Pretiosen von dem Commissär nach genauer Angabe der Zahl, des Gewichtes und der Eigen-

---

dahin zu erledigen, daß wegen Abgang eines Vermögens keine Abhandlung Statt finde. Nur bey Todesfallen minderjahriger Kinder, die noch unter väterlicher Gewalt gestanden, und, im väterlichen Hause oder in Verpflegung des Vaters gewesen sind, und, so viel bekannt ist, kein eigenes Vermögen besessen haben, kann die Anzeige, und sohin auch die Eintragung in die Gerichtsacten ganz unterbleiben. (Instr. für die küstenländischen Bezirksgerichte §§. 3 und 4.)

2) Die Ausnahme sehe man bey Nr. 6.

schaft eines jeden Stückes, in Gegenwart und unter der Mitunterschrift der beyden Sperrzeugen verzeichnet, und dem Gerichte zur Verwahrung übergeben. — Jene Stücke, welche nicht verschleppt, oder von dem Orte, wo sie sich befinden, nicht getrennt werden können; jene, welche zum Betriebe der Haus- oder Landwirthschaft nothwendig sind; jene endlich, welche ohne Gefahr nicht lange aufbewahrt werden können, sind der engen Sperre nicht unterworfen, sondern der Sperrcommissär hat demjenigen, der die häuslichen Geschäfte indessen besorgt, die einstweilige genaue Aufsicht über dieselbe anzuvertrauen, auch ein Verzeichniß davon zu verfassen, und in diesem Falle von dem zur Aufsicht Bestellten am Ende seinen Empfangsschein beysetzen zu lassen. — Kommen bey der Sperre nach dem Tode eines Seelsorgers oder eines anderen Geistlichen Urkunden vor, die auf die dem Verstorbenen eigen gewesene Seelsorge oder Amtsverrichtungen sich beziehen, und daher bloß in den Händen der Geistlichkeit zu belassen sind, als: die Tauf- und andere Pfarrbücher; die Protocolle in publico ecclesiasticis und in geistlichen Amtsgeschäften; dann die, die Kirche oder die Pfarre betreffenden Urkunden, und jene Privat-Schriften, die dem Verstorbenen von den Pfarrkindern, oder bey Akatholischen von seinen Glaubensverwandten in Gewissensfachen, oder von seinem Oberen oder Consistorium in Disciplinar-Angelegenheiten, und dergleichen, zugekommen sind; so werden alle diese Urkunden in ein Verzeichniß gebracht, und dem in diesen Fällen bestimmten geistlichen Commissäre, gegen das von ihm zu unterfertigende und in den Acten aufzubewahrende Verzeichniß übergeben. Gleiche Vorsichten sind bey den Vorstehern aller übrigen in unserem Staate geduldeten Glaubensbekenntnisse zu beobachten [1]). Ein Aehnliches ist der Fall, wenn an die Verlassenschaft eines Militäristen, oder eines Militärbeamten die Sperre angelegt werden soll, in welchem Fall Jemand vom Militärstande beyzuziehen ist, welchem die in der Verlassenschaft sich befindlichen, in den Militärdienst einschlagenden Schriften zu übergeben sind. Dahin gehören insbesondere die vorhandenen Verhaltungs-

1) Siehe Instruction für die Landgerichte für Tyrol und Vorarlberg, dann für die fürstenländischen Bezirksgerichte. Hofdec. vom 16. Jul. 1824. J. G. S., Nr. 2024.

und Dienstreglements, alle Pläne und Bücher, die aus Kriegs- oder Genie-Archiven gegen Recepisse genommen wurden, alle mit der Hand gezeichnete Pläne und Grundrisse von in- und ausländischen Festungen oder festen Plätzen, alle mit der Hand aufgenommene Gegenden und Pläne von Bataillen, alle schriftlichen Bemerkungen, Handauszüge, Entwürfe und Projecte, welche den Militärdienst betreffen. Alle diese Schriften werden dem Hofkriegsrathe eingesendet, welcher beurtheilt und entscheidet, in wie weit die eine oder andere derselben einen directen Bezug auf den Militärdienst habe, folglich kein Eigenthum der Erben seyn könne, oder in wie fern dieselben dem Erben zu überlassen seyen. Dagegen sind alle Militärbücher, alle Landkarten, Pläne und Grundrisse, welche gedruckt oder gestochen, bey Buch- oder Kunsthändlern im Handel sind, den Erben zu überlassen [1]). Ingleichen ist bey dem Tode eines landesfürstlichen Beamten die Verfügung zu treffen, daß die in der Verlassenschaft etwa befindlichen Amtsschriften von einem Commissäre der Stelle, welche sie betreffen, übernommen werden [2]). Welche Ordensdecorationen als ein Eigenthum des Verstorbenen anzusehen, und welche von der Verlassesmasse abzusondern sind, ist bereits bey Erläuterung des §. 531 vorgekommen.

3) Der von dem Commissäre zu erstattende Sperrsbericht hat folgende Rubriken zu enthalten, woraus zugleich zu entnehmen ist, auf welche Gegenstände der Sperrscommissär sein Augenmerk richten müsse. I. Nahmen, Zunahmen, Charakter, Religion, letzte gewöhnliche und ordentliche Wohnung des Verstorbenen. II. Der Tag, wann, und der Ort, wo er starb, wann und durch wen der Commissär den Todesfall erfahren hat. III. Stand des Verstorbenen, das ist, ob er im ehelichen oder ledigen Stande, oder als Witwer gestorben ist. IV. Ob er ein Testament errichtet, oder ohne Errichtung einer letztwilligen Anordnung gestorben ist. V. Großjährige Kinder des Verstorbenen, mit Anzeige des Nahmens und des Aufenthaltsortes eines jeden. VI. Minderjährige Kinder des Verstorbenen, deren Nahmen,

1) Siehe das adelige Richteramt vom Herrn Hofrathe Joachim Füger, ate, vom Herrn Dr. u. Professor Wagner umgearbeitete Auflage S. 75 — 76.

2) Hofdec. vom 6. März 1783.

Alter, Profession und Aufenthaltsort. VII. Wem die Vormundschaft über die hinterlassenen minderjährigen Kinder anvertraut werden könne? und warum? VIII. Die nächsten Anverwandten des Verstorbenen mit ihren Nahmen, Zunahmen, und dem Aufenthaltsorte. IX. Ob der Verstorbene ein Vermögen hinterlassen habe? in was dieses überhaupt bestehe? (und wenn dasselbe zum Theile auch in Realitäten und Gütern besteht,) unter welcher Gerichtsbarkeit die einzelnen Besitzungen liegen? X. Wem die einstweilige Obsorge der Verlassenschaftsmasse anvertraut wurde? wie? und warum? XI. Ob nur die einfache oder enge Sperre angelegt worden? wo? und warum? XII. Ob der Verstorbene als Vormund oder Curator von dem Gerichte aufgestellt war; über welche Vormundschaften und Curatellen [1])?

5) Das Gericht, von welchem Nr. 1 Erwähnung gemacht worden ist, ist dasselbe, welchem der Erblasser zur Zeit des Todes seiner Person nach unterworfen war. — Bey den Landrechten und Magistraten werden die Geschäfte des adeligen Richteramtes, worunter auch die Pflege der Verlaßabhandlungen gehöret, immer durch ein und das nähmliche Collegium besorget, in mehreren Provinzen des österreichischen Kaiserstaates sind aber bey den Dominien auf dem Lande eigene Wirthschaftsämter aufgestellt, denen die Geschäfte des adeligen Richteramtes und insbesonders auch die Abhandlungspflege zugewiesen ist, und welche hier die Stelle der Gerichtsbehörde vertreten. Ist bey einer Verlassenschaftspflege das Interesse des Gerichts-Inhabers mittelbar oder unmittelbar betheiligt, folglich dieser als Partey zu betrachten, so sind die dießfälligen Geschäfte nicht von seinem Gerichte, sondern bey dem nächst gelegenen unbefangenen Gerichtsstande zu verhandeln [2]). Ist ein Sperrsact außer dem Gerichtsorte vorzunehmen, so kann auch ein nahe gelegener Magistrat, oder eine nahe gelegene Herrschaft um Vornahme derselben von der competenten Abhandlungsbehörde (durch Ersuchschreiben) delegirt werden [3]). Wenn in einer

1) Siehe obige Instruction.

2) Allerh. Entschließung vom 2. Decemb. 1826 und Hofk. Dec. vom 13. April 1827.

3) Gerichts-Instruction vom 9. Septemb 1785, II. Abth., §. 27. Justizhofd. vom 20. Jänner 1739, 8. April 1730 und 3. May 1825.

hierländigen Provinz ein ungarischer oder siebenbürgischer Unterthan stirbt, welcher entweder in landesfürstlichen Diensten gestanden, oder als Hofagent bey der ungarisch-siebenbürgischen Hofkanzley und nicht auch bey einer anderen deutsch-erbländischen Stelle in gleicher Eigenschaft gedienet hat, oder ein beglaubigter Geschäftsträger von der augsburgischen oder helvetischen Confession, oder der der griechischen Kirche ergebenen Unterthanen besagter Provinz ist, oder welcher in Ungarn oder Siebenbürgen ansässig, oder als geborner Ungar in einer hiesigen Provinz weder durch ausdrückliche Erklärung noch durch Ansiedelung, Ansässigkeit oder ununterbrochenen zehnjährigen Aufenthalt einheimisch (nationalisirt) worden ist; so hat die hierländige Abhanglungsbehörde sich a) in Rücksicht auf dessen in den deutschen Ländern zurückgelassenes, bewegliches Vermögen nicht weiter in die Verlassenschafts-Abhandlung einzulassen, als daß sie die Sperre anlege, die allenfalls vorfindige letztwillige Anordnung publicire, und dafür sorge, daß aus diesem in den deutschen Ländern befindlichen, beweglichen Vermögen alle diejenigen hierländischen, oder in den hiesigen Ländern befindlichen fremden Unterthanen, welche als Gläubiger oder unter was immer für einem Rechtstitel, oder als Erben oder Legatare aus einer nach den hierländischen Gesetzen rechtsgültigen, letztwilligen Anordnung einen gerechten Anspruch haben, vollkommen befriediget werden; b) wenn aber ein solcher Erblasser in den deutschen Ländern liegende Güter, oder auf solche einverleibte Capitalien besitzt, kommt den hierländischen Behörden die Abhandlung in Rücksicht auf dieses Vermögen nach ihrem ganzen Umfange zu. Wenn die hierländische Behörde in solchen Fällen ihr Amt gehandelt hat, soll sie alles, was von dem in die Sperre genommenen Vermögen nach Befriedigung der oben angeführten Erben, Legatare und Gläubiger erübrigt, demjenigen sogleich verabfolgen, der sich dazu durch ein Zeugniß der ungarischen oder siebenbürgischen Behörde gehörig ausweisen wird [1].

6) Die weitere Amtshandlung, welche die Abhandlungsbehörde Amteswegen vorzunehmen hat, besteht in dem Falle, als

1) Hofdec. vom 17. Feb. 1792; J. G. S. Nr. 225 u. 21. März 1829. W. Zeitsch. IV. Heft, Not. Bl. S. 191.

eine letztwillige Anordnung vorhanden ist, und selbe entweder vermittest des Sperrberichtes oder von einem Dritten derselben übergeben wird, oder in so fern eine solche ohnehin bey derselben hinterlegt seyn sollte, in der Publication derselben. Diese geschieht in Gegenwart des Sperrscommissärs, und in so fern sie dazu von freyen Stücken erscheinen, des muthmaßlichen Erben und jedes Anderen, dem daran liegt; im Falle aber von diesen Niemand erscheint, in Gegenwart zweyer Zeugen (bey organisirten Collegial-Gerichten wohl auch im versammelten Rathe), und es wird am Ende des Original-Testamentes der Tag der Kundmachung, und in wessen Gegenwart sie geschehen sey, angemerkt. — Sollte bey der Eröffnung des Testamentes sich eine Verletzung des Siegels oder eine andere Bedenklichkeit darstellen, so hat die Abhandlungsbehörde davon genaue Meldung zu machen. Sollte derselben aus dem Sperrberichte oder aus anderen Anzeigungen bekannt werden, daß der Verstorbene einen letzten Willen mündlich errichtet habe, so hat selbe die Zeugen des letzten Willens sogleich Amteswegen vorzuladen, und entweder ihre Aufzeichnung, wenn sie eine solche nach §. 585 gemacht haben, abzufordern, oder in deren Ermangelung ihre Angabe des letzten Willens, doch vor der Hand ohne Beeidigung, zu Protocoll zu nehmen, sohin mit der Kundmachung des erhobenen letzten Willens auf obige Art vorzugehen. Von der kundgemachten letztwilligen Anordnung ist Jedem, dem daran liegt, auf Verlangen die Einsicht zu gestatten, und die Abschrift zu ertheilen. — Die Abhandlungsbehörde hat dann in Ueberlegung zu nehmen, welche Verfügungen in Gemäßheit der letztwilligen Anordnung zu treffen sind. Wo die gerichtliche Sperre durch einen Commissär oder Gemeinde-Vorsteher in einem vom Sitze des Gerichtes so entfernten Orte vorgenommen wird, daß der Inhalt der letztwilligen Anordnung aus der durch die Abhandlungsbehörde vorzunehmenden Kundmachung nicht zeitlich genug bekannt werden kann, ist einem solchen Commissär erlaubt, auf Anlangen der Erben oder der Hausleute eine verschlossene letztwillige Anordnung, doch ohne Verletzung ihres Siegels, zu öffnen, und daraus, was das Begräbniß des Verstorbenen und etwa noch andere auf der Stelle zu treffende Vorkehrungen betrifft, bekannt

zu machen; wornach er dieselbe mit seinem Siegel wieder zu verschließen, und von dem Geschehenen im Sperrberichte die Anzeige zu machen hat [1]). Uebrigens ist jede dem Gerichte vorgelegte letztwillige Anordnung kund zu machen, und kein Gericht darf ein Testament (wegen Mangel der äußerlichen oder innerlichen Form) Amteswegen verwerfen [2]).

7) Kommen in dem letzten Willen fromme, oder andere zum Besten eines öffentlichen Fondes bestimmte Vermächtnisse vor, so sind dieselben (von Seite des Landrechtes der Landesstelle, von den minderen Abhandlungsbehörden aber) dem Kreisamte anzuzeigen [3]). Betreffen die Vermächtnisse Pupillen oder Pflegvertraute; dann sind, so fern die Pupillen oder Curanden der abhandelnden Gerichtsstelle unterstehen, die Vermächtnisse ihren Vormündern oder Curatoren, bey auswärtigen Pupillen aber den Gerichtsbarkeiten, zu welchen sie gehören, mit Mittheilung des §. des letzten Willens, worin das Vermächtniß vorkömmt, und Rahmhaftmachung des Universalerben zu erinnern [4]).

8) Es kann auch geschehen, daß die Abhandlungsbehörde gleich in Erledigung des Sperrberichtes, und ohne das Ansuchen einer Partey abzuwarten, die Errichtung einer Inventur über das Verlassenschafts-Vermögen anzuordnen hat. — Dieses hat nähmlich zu geschehen: a) wenn der Erbe unfähig ist, sein Vermögen zu verwalten; wenn der Erbe ganz unbekannt, oder doch der Ort seines Aufenthaltes nicht bekannt ist; [5]) oder, wenn einer der vorstehenden Umstände auch nur bey Einem von mehreren Miterben eintritt; und b) wenn der Erbe die Erbschaft mit der Verbindlichkeit erhält, sie künftig ganz oder zum Theile an Andere zu übertragen [6]).

1) Siehe obige Instruction §. 13.

2) Hofdec. vom 12. August 1812; J. G. S. Nr. 1002.

3) Obige Instruction §. 18.

4) Allg. Instruct. für die Justizstellen II. Abth. §. 43. Inst. für Gallizien §. 200.

5) In diesem Falle ist ein Edict auszufertigen, und darin die Frist zur Anmeldung auf ein ganzes Jahr auszusetzen; auch die Verfügung zu treffen, daß während dieser Jahresfrist das Edict von drey zu drey Monathen jedes Mahl dreymahl in die Zeitungsblätter komme; auch muß darin die Clausel aufgenommen werden, daß nach Verlauf dieser Frist das Abhandlungsgeschäft zwischen den Erscheinenden ausgemacht, und mit der Einantwortung dem Gesetze gemäß vorgegangen werden würde. (Hofdec. vom 26. August 1788; J. G. S. Nr. 330).

6) Siehe die mehrerwähnte Instruction für die küstenländischen Bezirksgerichte §. 20.

§. 799.

Ausweisung des Rechtstitels: Erbserklärung.

Wer eine Erbschaft in Besitz nehmen will, muß den Rechtstitel, ob sie ihm aus einer letzten Anordnung; aus einem gültigen Erbvertrage; oder aus dem Gesetze zufalle, dem Gerichte ausweisen, und sich ausdrücklich erklären, daß er die Erbschaft annehme.

1) Der erste Schritt zur rechtlichen Besitznahme einer Erbschaft geschieht von Seite des Erben dadurch, daß er sich bey Gerichte über seinen Titel zum Erbrechte ausweiset, und sich erkläret, daß er die Erbschaft annehmen wolle, weil Niemanden gegen seinen Willen eine Erbschaft aufgedrungen werden kann. Diese Erklärung geschieht in Gestalt eines Anbringens, die, mit der eigenhändigen Unterschrift des Erben versehen, bey der Abhandlungs-Instanz überreicht wird. Sie wird gewöhnlich schriftlich überreicht, kann aber auch, besonders auf dem Lande, mündlich zu Protocoll gegeben werden [1]).

2) Das Erbrecht des Erben mag sich auf eine letztwillige Anordnung oder auf das Gesetz, oder auf was immer für einen Rechtstitel gründen, in allen Fällen ist er zum Ausweise seines Rechtsgrundes verbunden. Gründet sich der Titel auf ein Testament, oder auf einen Erbvertrag, so wird eine glaubwürdige Abschrift hiervon beygebracht, oder in so fern sich, was der Regel nach ohnehin vorauszusetzen ist, dasselbe in gerichtlicher Verwahrung befinden sollte, sich wenigstens darauf berufen; gründet sich der Rechtstitel auf das Gesetz, so wird die Verwandtschaft durch einen gehörig belegten Stammbaum ausgewiesen. Auch hat die Erbserklärung zu enthalten, ob auf die ganze Erbschaft, oder nur auf einen Theil, und den wievielten, Anspruch gemacht werde.

3) Nach den mehrerwähnten Instructionen für die tyrolisch-vorarlbergischen Landgerichte und die küstenländischen Bezirksgerichte [2]) hat das Gericht, — damit die Berichtigung der Verlassenschaft nicht nach Belieben der Erben verzögert, und die bür-

1) Obige Instruction §. 39.

2) §§. 35 — 37.

gerlichen Rechte in Betreff der Verlassenschaft nicht zu lange in Ungewißheit gelassen werden, sogleich, da es über den Sperrbericht seine Beschlüsse fasset, eine Tagsatzung anzuordnen [1]); zu dieser jeden der nächsten, in dem Sperrberichte angezeigten, oder auch sonst bekannt gewordenen Anverwandten, so wie auch jeden, der von dem Erblasser in der letztwilligen Anordnung eingesetzten Erben vorzuladen, und bey derselben von ihnen die Erklärung abzufordern, ob und auf welche Art sie die Erbschaft antreten wollen. Es hat ihnen die gesetzlichen Folgen der Inventur und der Vorladung der Verlassenschaftsgläubiger deutlich vorzuhalten, und nach dieser Belehrung ihre Aeußerung oder ihre Erbserklärung zu Protocoll zu nehmen. Dieses vom Gerichte aufgenommene Protocoll ist den Erben vorzulesen, von diesen zu unterschreiben und in den Gerichts-Acten aufzubewahren. In den Fällen, in welchen die Inventur Amteswegen aufgenommen wird, ist die Tagsatzung bey den gar kleinen Verlassenschaften, wo möglich, auf den Tag der Inventur selbst; bey größeren aber auf einen Tag, da die Inventur muthmaßlich vollendet ist, anzuordnen, oder nach Umständen auch erst nach vollendeter Inventur zu bestimmen. — Die vorgeladenen Erben können aus erheblichen Gründen, besonders bey größeren oder mehr verwickelten Verlassenschaften, um eine Bedenkzeit und Erstreckung der Tagsatzung bitten, die ihnen das Gericht bey erkannter Billigkeit des Begehrens auf eine den Umständen angemessene Frist zu bewilligen hat. Auch ist ihnen auf ihr Verlangen die schriftliche Ueberreichung ihrer Erklärung zu bewilligen, und zu dem Ende die angemessene Frist zu bestimmen. Doch ist in den Fällen, wo alle Erben sich in der Provinz befinden, in keinem Falle durch einen oder mehrere Bewilligungen die Frist von sechs Monathen zu überschreiten. Nur in den Fällen, da dem Gerichte a) zwar die Erben bekannt sind, aber nicht auch ihr Aufenthaltsort, oder b) die zwar bekannten Erben in einer anderen Provinz der k. k. Staaten, oder im Auslande wohnen, oder c) dem Gerichte weder der Nahme, noch der Aufenthaltsort derselben bekannt ist, kann sowohl gleich anfangs die

1) In der Stadt wird der Erbe schriftlich aufgefordert, seine Erbserklärung abzugeben, und wenn er ungebührlich damit zögerte, ein Verlaß-Curator aufgestellt.

Tagsatzung auf eine entferntere Zeit angeordnet, als auch eine längere Frist bewilligt, doch darf auch in diesen Fällen der Zeitraum eines Jahres nicht überschritten werden. Tritt einer dieser Verzögerungsgründe nur bey dem Einen oder dem Anderen aus mehreren Erben ein, so sind zwar die übrigen früher um ihre Erklärungen zu vernehmen; doch können sie wider ihren Willen nicht verhalten werden, es früher, als bis zum Ablaufe der einem der Miterben bewilligten längeren Frist abzugeben.

Würde ein Vorgeladener zu der Tagsatzung nicht erscheinen, oder in derselben, oder in der zur schriftlichen Erklärung bestimmten Frist keine Erbserklärung abgeben; so ist die Verlassenschaft bloß mit jenen, die sich erklärt haben, zu verhandeln, und ihnen einzuantworten, was das Gericht in den Vorladungsdecreten ausdrücklich zu erinnern hat.

In den eben zuvor unter den Buchstaben a) und b) bestimmten Fällen, hat das Gericht für die bezeichneten Erben, wenn nicht schon ein Bevollmächtigter derselben auftritt, einen Curator zu bestellen, und diesen anzuweisen, daß er den Erben den Todesfall bekannt mache, und sich mit ihnen über alles, was die Berichtigung der Verlassenschaft betrifft, in das Einvernehmen setze. Dieser Curator ist zu der oben bemerkten Tagsatzung gleich den Erben vorzuladen, und rücksichtlich der ihm zu bewilligenden Fristen treten die vorhin angegebenen Grundsätze ein. Sollte es dem Curator nicht möglich seyn, den seiner Vertretung empfohlenen Erben Nachricht zu geben, und mit ihnen in Briefwechsel zu treten, oder sollte sein hierwegen gemachter Versuch ohne Erfolg geblieben seyn, so hat er bey dem Gerichte darauf anzutragen, daß der Erbsanfall durch ein Edict öffentlich bekannt gemacht werde. — Das Gericht hat dieses Edict auszufertigen, darin die Frist zur mündlich oder schriftlich anzubringenden Erbserklärung auf Ein Jahr zu bestimmen, und zu veranlassen, daß es drey Mahl den Zeitungsblättern eingeschaltet werde. Sollten zu gleicher Zeit mehrere solche Fälle vorkommen, so kann für mehrere verschiedene Verlassenschaften ein einziges Edict ausgefertigt werden. — In dem oben unter c) bemerkten Falle hat das Gericht ohne Aufschub Amtswegen den Erben den Todes-

fall durch ein Edict mit Bestimmung derselben Frist bekannt zu machen, und zugleich einen Verlassenschafts-Curator zu bestellen. Die Frist zur Ueberreichung der Erbserklärung läuft in den Fällen, da für die Erben ein Curator bestellt wird, von dem Tage der Zustellung des Curatels-Decretes, und in den Fällen, da ein Edict ausgefertigt wird, von dem Tage, an welchem dasselbe zum ersten Mahle in den Zeitungsblättern erscheint. Es ist Pflicht des Gerichtes, in den Edicten die nachtheiligen Folgen, welche dem Einberufenen im Falle der von ihm nicht überreichten Erbserklärung bevorstehen, auszudrücken, und in den oben sub a) und b) berührten Fällen zu erklären, daß, wenn der abwesende Erbe sich nicht innerhalb der Jahresfrist melden sollte, die Verlassenschaft mit dem für ihn bestellten Curator und mit den übrigen Erben, die sich gemeldet haben, werde verhandelt werden. Wenn dem Gerichte ganz unbekannt ist, ob und welche Erben vorhanden seyn, wird dem Edicte die Warnung eingeschaltet, das nach fruchtlos verstrichener Anmeldungsfrist nach der Vorschrift der, für den Fall nicht bekannter Erben, bestehenden Gesetze werde vorgegangen werden. In dem letzten Falle ist bey der Ausfertigung des Edictes der Todesfall auch dem Kreisamte anzuzeigen.

Für Minderjährige und andere Pflegebefohlene hat das Gericht ihre Vormünder, Vormünderinnen und Curatoren zu der oben bemerkten Tagsatzung vorzuladen. — Wo die Abhandlungsbehörde nicht zugleich Vormundschafts- und Curatelsbehörde eines solchen Erben ist, hat sie der Behörde, unter welcher der Minderjährige oder Pflegebefohlene steht, sogleich von dem Erbsanfalle Nachricht zu geben, damit den Nachtheilen, die durch Nachlässigkeit der Vermünder oder Curatoren entstehen könnten, vorgebeugt werde.

§. 800.

Die Antretung der Erbschaft oder die Erbserklärung muß zugleich enthalten, ob sie unbedingt, oder mit Vorbehalt der Rechtswohlthat des Inventariums geschehe.

1) Die Erbserklärung muß ausdrücklich enthalten, ob sie bedingt, mit Vorbehalt das Inventariums, oder unbedingt ohne diesen Vorbehalt geschehe; sonst müßte sie, wie in dem Falle, daß irgend eine andere Bedingung beygesetzt wäre, zu einer bestimmten Aeußerung zurückgewiesen werden. — Wenn die Erbschaft bedingt angetreten wird, so stellt der Erbe in seiner Erbserklärung zugleich die Bitte, um Vornahme der Inventur [1]). Doch ist dieses Begehren nicht wesentlich, weil zufolge des folgenden §. 802 die Errichtung der Inventur eine natürliche Folge der bedingten Erbserklärung ist.

2) Es entsteht hier die Frage: ob sich die Abhandlungsbehörde bey einer Erbserklärung in eine Untersuchung einzulassen habe, ob dem sich erklärenden Erben wirklich ein Erbrecht gebühre oder nicht? Mehrere ausgezeichnete Rechtslehrer sind der Meinung, daß sich die Abhandlungsbehörde in eine solche Untersuchung nicht einzulassen, und daher auch nicht dahin einzugehen habe, ob der sich erklärende Erbe sein Erbrecht gehörig ausgewiesen habe oder nicht; sie glauben vielmehr, daß diese Behörde bloß darauf zu sehen habe, ob die Erbserklärung die gehörige Förmlichkeit habe [2]). Allein da der vorige §. ausdrücklich sagt, daß derjenige, der eine Erbschaft in Besitz nehmen will, den Rechtstitel ausweisen müsse, so kann ich dieser Ansicht nicht ohne Beschränkung beystimmen, und glaube vielmehr, daß sich die Abhandlungsbehörde allerdings in einige Untersuchung einlassen müsse; wie weit aber die Abhandlungsbehörde hierbey zu gehen habe, — ist eine nicht gar leicht zu beantwortende Frage, da es auf der anderen Seite eben so gewiß scheinet, daß die Abhandlungsbehörde es mit der Ausweisung des Titels, in so ferne es sich nur um die Annahme der Erbserklärung handelt, nicht zu strenge nehmen dürfe, weil der §. 810 dem sich erklärenden Erben das Recht der eigenen Besorgung und Benützung der Verlassenschaft unter der Bedingung einräumet, daß er sein Erbrecht hinreichend ausweiset, woraus hervorgeht, daß nicht jede Erbs-

1) Gerichtsinstruction vom 9. Sept. 1725. II Abth. § 31.

2) Siehe das adeliche Richteramt vom Herrn Hofrathe Joachim Füger, 4te vom Herrn Professor Wagner umgearbeitete Auflage S. 98 — 99.

erklärung überhaupt eine hinreichende Ausweisung des Erbrechtes enthalte. — Bey Beantwortung der Frage, welche Ausweisung zur Annahme der Erbserklärung genügend anzusehen sey, — glaube ich nun die verschiedenen Erbrechts-Titel einzeln durchgehen zu müssen. Stützt sich der sich erklärende Erbe auf ein Testament, so hat der Abhandlungsrichter in die Gültigkeit oder Ungültigkeit des Testamentes nicht einzugehen, und er darf die Erbserklärung nicht zurückweisen, weil vielleicht das Testament nicht mit den vorgeschriebenen Förmlichkeiten versehen ist [2]). Der Richter hat daher in dem gesetzten Falle lediglich darauf zu sehen, ob der sich erklärende Erbe in dem Testamente, auf das er sich beruft, wirklich als Erbe zur ganzen Verlassenschaft, oder zu einem Theile eingesetzt erscheinet, und er müßte die Erbserklärung allerdings zurückweisen, wenn eine solche Erbeseinsetzung in dem berufenen Testamente gar nicht ersichtlich wäre. — Erklärt sich Jemand aus einem Erbvertrage zum Erben, so ist zu unterscheiden, ob derselbe der Ehegatte des Verstorbenen war oder nicht. Im letztern Falle kömmt es wieder darauf an, ob der Erbvertrag vor dem Jahre 1812, oder erst nach demselben ausgefertigt ist, oder ob in selbem gar keine Zeit der Ausfertigung bemerkt ist. Ist derselbe erst nach dem Jahre 1812 ausgefertigt, so wäre die Erbserklärung ohne weiters zurück zu weisen, weil von dieser Zeit an das gegenwärtige Gesetzbuch in Wirksamkeit ist, und nach demselben ein Erbvertrag nur zwischen Ehegatten gültig ist. — Der vorige §. sagt ausdrücklich, daß der sich erklärende Erbe den Rechtstitel, ob ihm die Erbschaft aus einem gültigen, d. i. wie aus dem §. 533 hervorgehet, aus einem nach dem Gesetze zulässigen Erbvertrage, zufalle, ausweisen müsse. Will daher Jemand ein Erbrecht auf einen nach dem Gesetze unzulässigen Erbvertrag (§. 602) in Anspruch nehmen, so kann eine solche Erbserklärung gleich ursprünglich nicht angenommen werden. Darum kann auch nur vor einem Ehegatten auf den Grund eines nach dem Jahre 1812 ausgefertigten Erbvertrages eine Erbserklärung angenommen werden. Ob übrigens der Erbvertrag auch die übrigen wesentlichen inneren oder äußeren Förmlichkeiten in

2) Hofdecret vom 12. Aug. 1812; J. G. S. Nr. 1002. zu 2 und 4.

sich enthalte, ist hier, wo es sich nur um die Annahme der Erbserklärung handelt, nicht zu untersuchen. Da übrigens vor dem Jahre 1812 auch Erbverträge zwischen anderen Personen, als den Ehegatten, gültig waren, so kann auch die Erbserklärung einer anderen Person nicht zurückgewiesen werden, wenn sie sich auf einen vor dem Jahre 1812 ausgefertigten Erbvertrag gründet, ja selbst dann nicht, wenn der Erbvertrag gar nicht datirt ist, weil man in diesem Falle nicht mit Gewißheit sagen kann, der sich erklärende Erbe spreche das Erbrecht aus einem gesetzlich unzulässigen Erbvertrage an. — Spricht Jemand das Erbrecht aus dem Gesetze an, so muß er sich, wenn es nicht ohnehin notorisch ist, bey der ordentlichen Erbfolge durch einen gehörig belegten Stammbaum ausweisen, daß er mit dem Erblasser in einer der sechs Linien, welche zur Erbschaft gelangen können, verwandt sey, keineswegs kann ihm aber auch aufgebürdet werden, darzuthun, daß kein näherer Verwandter darauf Anspruch habe. Bey der außerordentlichen Erbfolge werden jene Documente beygelegt, welche das besondere bürgerliche Rechtsverhältniß ausweisen, auf das sich diese Erbfolge gründet (§§. 754 — 757.)

3) Wenn sich der Fall ereignet, daß mehrere Erbserklärungen zu einer und derselben Verlassenschaft überreicht werden; so muß sie der Richter alle annehmen, und in so fern sie ordnungsmäßig verfaßt sind, mit dem gewöhnlichen Bescheide erledigen. Wenn aber das Erbrecht dieser verschiedenen erklärten Erben im Widerspruche steht, so muß der Richter zugleich eine Tagsatzung mit Zuziehung der sämmtlich erklärten Erben geben, und die Sache hierbey auszugleichen suchen, oder falls dieses nicht möglich wäre, die Sache in den ordentlichen Rechtsweg einleiten, und bestimmen, wer auf demselben über das streitige Erbrecht als Kläger aufzutreten, daher die gehörig instruirte Klage zu überreichen habe, um dadurch auszutragen, wem das Erbrecht gebühre [1]).

4) Es entsteht hier die Frage, ob dieser Streit zwischen den Erbsansprechern vor der Verlaß-Abhandlungsbehörde, oder vor dem Personalgerichte des Geklagten anzubringen seye? Herr Pro-

1) Siehe Gerichtsinstruction vom 9. Sept. 1785, II. Abth., §. 42.

fessor Wagner beantwortet sie dahin [1]), daß das letzte zu geschehen habe; dagegen hat sich Herr Professor Fischer [2]) für das Gegentheil ausgesprochen. — Der erstere bezieht sich dabey lediglich auf die Vorschrift der Jurisdictionsnorm, zufolge welcher sich die Gerichtsbarkeit nach der persönlichen Eigenschaft und dem Aufenthalte des Geklagten, ohne Rücksicht, welchen Gegenstand der Prozeß betrifft, richtet, und auf den Umstand, daß weder in der Jurisdictionsnorm selbst, noch in einer nachträglichen Verordnung eine Anordnung sich finde, welche dießfalls eine Ausnahme bey Erbschaftsstreitigkeiten machte; der letztere dagegen a) auf den §. 799, nach welchem der Erbschaftsantreter nur dem Gerichte, bey dem die Erbserklärung angebracht wird, sein Erbrecht auszuweisen schuldig sey; b) auf den §. 819, aus welchem hervorgehe, daß das Erkennen des rechtmäßigen Erben ein Act der Verlassenschaftsbehörde wenigstens in dem Falle bilde, wenn keine sich widerstreitenden Erbserklärungen vorliegen, woraus man zu schließen berechtiget sey, daß auch im Falle mehrerer sich widersprechenden Erbserklärungen die Abhandlungsbehörde zu entscheiden habe, wem aus den mehreren erklärten Erben das Erbrecht gebühre. — Er glaubt auch in der Instruction für die Landgerichte in Tyrol und Vorarlberg in den Geschäften außer Streit einen Beleg für diese Ansicht zu finden, weil daselbst (§. 2) ausgesprochen wird, daß die Einschreitung des Richters bey Verlassenschafts-Abhandlungen drey abgesonderte Vorgänge umfasse, nähmlich: die Erhebung und Versicherung der Erbsmasse; die Anerkennung des Erben, und die Zuweisung der Erbsmassen an die annerkannten Erben; c) er beruft sich ferner auf den §. 43 II. Abth. der allg. Instruction für die Justizstellen vom 9. Sept. 1785 selbst, in welcher wenigstens eine Andeutung des behaupteten Satzes vorkomme, indem allda verordnet wird, daß, wenn mehrere sich widerstrebende Erbserklärungen einkommen, dieselben nicht als Klagen aufzunehmen und um die Einrede zu decretiren seyn; es wäre nun unbegreiflich, wie die Meinung,

1) In der vierten Auflage des mehrerwähnten Werkes des Herrn Hofrathes Füger. S. 106—107.

2) In der Wagn. Zeitsch. IV. Heft, S. 197 — 210.

welche hier als unrichtig erklärt wird, hätte entstehen können, wenn nicht der Abhandlungs-Instanz, sondern dem Personalgerichtsstande des Geklagten, das Erkenntniß über den Erbrechtsstreit zustände; d) auf den §. 797 des b. G. B., zufolge welchem das Erbrecht vor Gericht verhandelt, und von demselben die Einantwortung des Nachlasses bewirkt werden muß, woraus hervorgehe, daß das Gericht, vor welchem das Erbrecht verhandelt wird, eben dasjenige seyn müsse, welchem die Einantwortung des Nachlasses zukömmt, d. i. die Abhandlungsbehörde. e) Die Competenz der Abhandlungsinstanz als eines Judicii universalis erstrecke sich, wie selbst Herr Prof. Wagner zugebe, auf die Acte der Abhandlungspflege, unter welche das Erkennen des rechtmäßigen Erben gehöre, welches zwar seinem natürlichen Gange nach im nicht streitigen Wege erfolge, was jedoch keineswegs zur Wesenheit der Abhandlungspflege gehöre; es sey sohin das die Abhandlung der Verlassenschaft pflegende Gericht nicht ob meram connexitatem, sondern ob identitatem causae zur Entscheidung des Erbrechtsstreites competent; f) die Competenz der Abhandlungs-Instanz für den unter mehreren Erbschafts-Antretern entstehenden Erbrechtsstreit sey auch in der obenangeführten Instruction für die Landgerichte in Tyrol und Vorarlberg in den Geschäften außer Streit vom 16. July 1824 deutlich ausgesprochen, indem der §. 40 Nr. II derselben, nachdem er dem die Abhandlung einer Verlassenschaft pflegenden Landgerichte auferlegt, mehrere sich widersprechende Erbserklärungen nicht als förmliche Klagen anzusehen, sondern nach Vernehmen der Parteyen durch Bescheid zu bestimmen, wer aus den mehreren Erbsansprechern als Kläger gerichtlich auftreten, und die förmliche Klage gegen die übrigen überreichen soll, mit folgenden Worten fortfahre: »diese Klage wird dann den übrigen erklärten Erben nach den Vorschriften der Gerichtsordnung um die Einrede zugestellt," und das Landgericht entscheidet endlich, welchem Theile das streitige Erbrecht gebühre. g) Ergebe sich der Fall, daß zu einer bey einem obrigkeitlichen Wirthschaftsamte abzuhandelnden Verlassenschaft mehrere sich widerstrebende Erbserklärungen vorkommen; so habe zwar eben dieses Wirthschaftsamt zu bestimmen, welcher aus den

mehreren Erbschaftsantretern wegen des streitigen Erbrechtes als Kläger aufzutreten habe; da jedoch bey dem Wirthschaftsamte keine andere Civilklagen, als Schuldklagen, wenn die Schuld eingestanden wird, angebracht werden können, so sey die Klage wegen des streitigen Erbrechtes bey dem obrigkeitlichen Ortsgerichte anzustellen. — Dieses sey aber keine eigentliche Abweichung von dem Grundsatze, daß die Entscheidung des Erbrechtsstreites der Verlassenschafts-Abhandlungs-Instanz zustehe; weil auf dem Lande eigentlich die Grundobrigkeit es sey, welcher, gleichwie die gesammte Civilgerichtsbarkeit, so auch die Abhandlung der Verlassenschaften, in ihrem herrschaftlichen Bezirke zustehet. — Eine wahre Ausnahme trete jedoch in dem Falle ein, wenn Einer aus den Erbschafts-Prätendenten unter der Vertretung das Fiscalamtes steht, dessen competenter Gerichtsstand in allen Fällen, wo es als Kläger oder Beklagter einschreitet, das Landrecht sey.

Diese Gründe sind gewiß nicht ohne Gewicht, und entscheidend scheint mir der angeführte §. 40 der Instruction für die Landgerichte in Tyrol und Vorarlberg zu seyn, welcher die oben aufgeworfene streitige Frage nach der letzteren hier angeführten Meinung entscheidet.

5) Eine weitere Frage, welche sich in Beziehung auf mehrere sich widerstreitende Erbserklärungen ergibt, besteht darin, wer von den um das Erbrecht streitenden Erbsinteressenten anzuweisen sey, als Kläger aufzutreten. — Herr Professor Wagner stellt in Beantwortung obiger Frage folgende drey Hauptregeln auf:

A. Jener, dessen Erbrecht nur unter der Bedingung wirksam seyn kann, daß die seinem Gegner günstige letztwillige Anordnung umgestoßen werde, ferner

B. jener, welcher ein schwächeres Erbrecht in seiner Erbserklärung ausgewiesen hat; und endlich

C. jener Erbsansprecher, welcher über dasjenige Factum, das den Titel seines Erbrechtes ausmacht, hinaus, noch ein zweytes von ihm zu beweisendes Factum gegen einen anderen Erbsinteressenten anführt, durch das er diesem sein Allein- oder Miterbrecht bestreiten will; ist von der Abhandlungsbehörde zu verhalten, als Kläger gegen diejenigen aufzutreten, die sich in

dieser Lage nicht befinden [1]). Die Entwickelung dieser drey Hauptregeln sowohl, als die practische Anwendung derselben auf die möglichen Fälle ist gewiß ungemein scharfsinnig, doch glaube ich der Anwendung des Grundsatzes sub b) in seinem ganzen Umfange, folgendes Bedenken entgegen stellen zu müssen. — Bey Entscheidung der Vorfrage, welcher Erbsansprecher als Kläger oder als Geklagter aufzutreten habe? scheint sich die Abhandlungs-Instanz von solchen Entscheidungsgründen so viel möglich entfernt halten zu sollen, die die Hauptfrage berühren, welchen aus den verschiedenen Erbsansprechern in Ansehung des angesprochenen Erbrechtes selbst ein Vorzug gebühre, da sonst selbe offenbar der Entscheidung des Hauptprozesses vorgreift. — Hat die Abhandlungs-Instanz z. B. den A aus dem Grunde angewiesen als Kläger aufzutreten, weil er ein schwächeres Erbrecht als sein Gegner B nachgewiesen hat, so hat sie ja eben dadurch entschieden, daß dem B gegen den A in Ansehung des Erbrechtes der Vorzug gebühre; dieses ist es ja aber eben, worauf es bey Entscheidung des Hauptprozesses ankömmt. Ich erlaube mir daher, die Hauptregeln anzudeuten, nach denen sich, nach meiner Ueberzeugung, die Abhandlungs-Instanz bey Entscheidung dieser Vorfrage zu halten habe, ohne dabey in Gefahr zu gerathen, der Entscheidung des Hauptprozesses vorzugreifen. Vorerst, glaube ich, sey zu unterscheiden, ob bereits einem Erbsansprecher die Verlassenschaft in Gemäßheit des §. 810 zur Besorgung und Benützung überlassen worden ist oder nicht. Im ersteren Falle hat immer derjenige, welcher später mit seinem Erbsanspruche aufgetreten ist, auch in dem Erbrechtsstreite als Kläger einzuschreiten, weil der frühere Erbschafts-Prätendent gleichsam schon im Besitze der Erbschaft ist; der Besitzer aber zur Klage nicht verhalten werden

1) Siehe dessen umgearbeitete 1. Aufsätze des vom Herrn Hofrathe Joachim Füger herausgegebenen Werkes über das adeliche Richteramt S. 107 — 110, dann dessen Abhandlung »Beytrag zur Erläuterung des §. 42 Lit. d der II. Abtheilung der Gerichts-Instruction" in der Zeitschrift für österreichische Rechtsgelehrsamkeit. Jahrg. 1825. 1. Bd. Nr. IV., in welchem obige Frage in ihrem ganzen Umfange und mit Rücksicht auf alle in Ideen möglich gewesenen Fälle beantwortet wird.

kann (§. 323). Ist aber dieses der Fall nicht, so scheint es vorerst auf die Beantwortung der Frage anzukommen, in welcher Rangordnung die im Gesetze (§. 533) festgesetzten drey Rechtstitel unter sich stehen? In dieser Beziehung glaube ich nur folgende Regeln aufstellen zu dürfen:

a. Gründet ein Erbtheils-Ansprecher sein Recht auf einen nach dem Gesetze zulässigen, mit allen vorgeschriebenen äußeren Förmlichkeiten versehenen Erbvertrag, so gehet dieser allen übrigen Erbschafts-Prätendenten vor, und die Verlassenschafts-Instanz hat denselben in so weit in Schutz zu nehmen, daß sie die übrigen zur Klagestellung anweiset. Denn unter den vom Gesetze angeführten drey Erbrechts-Titeln ist der auf einem solchen Erbvertrag sich stützende ohne weiters der stärkste, weil er sowohl die testamentarische als gesetzliche Erbfolge auf einer Seite aufhebt, und auf der anderen Seite nicht so wie ein Testament durch eine einseitige Verfügung des Erblassers wieder aufgehoben werden kann. Wenn also ein Vertragserbe mit einem Testaments- oder gesetzlichen Erben in Collision geräth, so liegt diesem letzteren ob, die Unwirksamkeit des Erbvertrages nachzuweisen, indem nur mit Zernichtung dieses Erbrechtstitels sein eigener Titel ins Leben treten kann. Sollten zwey Vertragserben in Collision gerathen [1]), so würde demjenigen, der sich auf den späteren Erbvertrag erbserkläret, anzuweisen seyn, als Kläger aufzutreten, weil die Gültigkeit des letzteren die Zernichtung des früheren voraussetzt. Zu gleicher Zeit geschlossene, nach dem Gesetze zulässige Erbverträge, kann es nicht geben, weil Niemand mit zweyen Personen zugleich gültig verehelicht seyn kann.

b. Ist Niemand vorhanden, welcher sein Erbrecht auf den Titel des Vertrages gründete, so gebührt demjenigen, welcher ein mit den erforderlichen äußeren Förmlichkeiten versehenes Testament für sich hat, der Vorzug. Denn nur im Mangel einer

1) Dieses ist allerdings möglich, weil bey einer Trennung der Ehe das Recht aus einem Erbvertrage dem schuldlosen Gatten auf den Todesfall vorbehalten bleibt (§. 1266), und der andere Ehegatte mit seinem neuen Ehegatten wieder einen Erbvertrag geschlossen haben kann.

gültigen Erklärung des letzten Willens tritt die gesetzliche Erbfolge ein; ist nun ein solches Testament vorhanden, welches wenigstens die äußeren Zeichen der Gültigkeit an sich trägt, so muß dasselbe entweder erst umgestoßen, oder es müssen die geheimen Gründe der Ungültigkeit desselben aufgedeckt werden, und diese Umstände setzen daher die vom Gesetze berufenen Erben in den Angriffs- und den Testaments-Erben lediglich in den Vertheidigungs-Stand. — Kommen Testaments-Erben mit Testaments-Erben selbst in Collision, so wird derjenige, welcher sein Erbrecht auf ein früheres Testament gründet, als Kläger aufzutreten haben, weil in der Regel dasselbe durch das spätere Testament aufgehoben wird (§. 713), und eine Ausnahme dieser Regel demjenigen zu beweisen obliegt, der dieselbe behauptet.

c. Mangeln aber dem Testamente die wesentlichen äußeren Feyerlichkeiten, erscheint daher die letzte Willens-Erklärung schon ihrer äußeren Form nach als ungültig, so erscheint auch kein wahrer Wille des Verstorbenen, indem eben die wesentlichen Förmlichkeiten die gesetzlichen Kennzeichen sind, aus denen der wahre Wille des Verstorbenen erkennbar wird. Nur das ausdrückliche Anerkenntniß des ansonst zur Erbschaft Gelangenden kann den Mangel ersetzen, und den rechtlich nicht vorhandenen letzten Willen zur rechtlichen Existenz bringen. Es liegt daher demjenigen, welcher ungeachtet des offenbaren äußeren Mangels die rechtliche Existenz der letzten Willens-Anordnung behauptet, ob, zu erweisen, daß ungeachtet dieses Mangels durch irgend einen anderen Act die rechtliche Existenz dieser Willens-Anordnung zu Stande gekommen sey [1]).

d. Treten mehrere gesetzliche Erben miteinander in Collision, so wird vor Allen derjenige den Vorzug erhalten und geschützt werden müssen, welcher sich über sein Verwandtschafts-Verhältniß vollkommen befriedigend ausgewiesen hat. Denn derjenige, obgleich nähere Verwandte, der dieses nicht gethan hat, kann bey dem mangelhaften Ausweise nicht geschützt werden,

1) Vergl. die Abhandlung der Herrn Dr. Leopold Sonnleithner in der Wazn. Z. 1826, VIII. Heft, S. 73 — 96.

weil eben deßwegen dem Gerichte sein Verwandtschafts-Verhältniß nicht gewiß ist, und er das Mangelhafte erst in dem Prozesse ersetzen muß. Haben aber alle ihr Verwandtschafts-Verhältniß gleich ausgewiesen, so hat derjenige den Vorzug, welcher sich ausgewiesen hat, einer näheren Linie anzugehören, weil er nur dann von der Erbschaft ausgeschlossen werden kann, wenn die Unrichtigkeit seines Ausweises durch Gegenbeweise erprobt, oder eine besondere Ursache dargethan wird, die ihn vom Erbrechte ausschließt. Er hat sohin die Vermuthung des Erbrechtes für sich, welche durch Gegenbeweise erst entkräftet werden muß. — Sind beyde von gleicher Erbschafts-Linie, und scheinen sie sohin nach den vorliegenden Ausweisen ihrer Erbrechtstitel zugleich zur Erbfolge berufen, so wird aus obigem Grunde derjenige als Kläger aufzutreten haben, welcher das ausschließende Erbrecht behauptet; sollten aber beyde dieses thun, so wäre demjenigen der Vorzug zu geben, der sich am ersten gemeldet hat, weil der letztere, ohne eine gesetzliche Vermuthung für sich zu haben, die bereits begonnene Wirksamkeit der ersten Erbserklärung zerstören will, und er daher als der angreifende, der andere aber nur als der sich vertheidigende Theil erscheinet [1]).

§. 801.

Wirkung der unbedingten Erbserklärung.

Die unbedingte Erbserklärung hat zur Folge, daß der Erbe allen Gläubigern des Erblassers für ihre Forderungen, und allen Legataren für ihre Vermächtnisse haften muß, wenn gleich die Verlassenschaft nicht hinreichet.

1) Wer die Erbschaft ohne Errichtung des Inventars antritt, entzieht dem Gerichte und den Interessenten das einzige Mittel, in die beruhigende Kenntniß des eigentlichen Standes der Verlaßmasse zu gelangen, und setzt daher selbe aus der

1) Dieses sind jedoch nur Andeutungen. Den Gegenstand vollkommen zu erschöpfen ist hier nicht an seinem Platze.

Lage, beurtheilen zu können, ob und wie weit die Verlassenschaft hinreiche, die Gläubiger und die Legatare zu befriedigen. Der Gesetzgeber kann daher eine solche Erbserklärung nur in so weit gestatten, als der Erbschafts-Antreter zugleich die Verbindlichkeit auf sich nimmt, die Gläubiger und Legatare ohne Rücksicht auf die Kräfte der Verlassesmasse zu befriedigen. Wer daher eine solche unbedingte Erbserklärung überreicht, macht sich auch dadurch allein schon verbindlich, die Gläubiger und Legatare vollständig zu befriedigen.

2) Diese durch die unbedingte Erbserklärung an und für sich übernommene Verbindlichkeit kann er auch später durch einen einseitigen Act nicht mehr von sich wälzen, und er darf daher mit der Entschuldigung, daß die Verlassenschaft zur Leistung dieser Verbindlichkeit nicht hinreiche, selbst in dem Falle nicht gehöret werden, als er die deutlichsten Beweise hierüber vorlegte. — Er muß daher alle Erbschaftsgläubiger mit ihren Forderungen befriedigen (seine eigenen Forderungen gegen den Erblasser werden durch die Vereinigung aufgehoben §. 1445), und muß die Vermächtnisse und alle übrigen der Erbschaft anklebenden Lasten (§§. 694 — 818) vollständig entrichten.

3) Herr Hofrath von Zeiller macht in seinem Commentare auch von dem Pflichttheile eine Erwähnung. — Allein der Pflichttheil setzt einen reinen Nachlaß voraus, welcher von dem Notherben ausgewiesen werden müßte. — Um diesen auszuweisen, muß sich aber der Notherbe entweder mit dem eigenen Vermögens-Bekenntnisse des sich unbedingt erklärten Erben begnügen, oder er kann ungeachtet dieser bedingten Erbserklärung selbst auf die Errichtung des Inventars dringen. Im ersten Falle, wenn nähmlich der Haupterbe selbst ein reines Verlassenschafts-Vermögen ausweiset, kann natürlich von einer Entschuldigung, daß der Passiv- den Activ-Stand übersteige, keine Rede seyn; im letzten Falle aber genießt auch der Haupterbe die rechtliche Wohlthat des Inventariums. Nur in so weit kann hier der Haupterbe der Entrichtung des Pflichttheiles wegen zu Schaden kommen, als der Erblasser auch Vermächtnisse hinterlassen hat, und entweder das Inventar erst nach der Hand, als dem Erben die Verlassenschaft bereits zur Besorgung und Benützung überlassen worden ist, er-

richtet wurde, oder er in dem eigenen Vermögens-Bekenntnisse ein reines Erbschaftsvermögen ausgewiesen hat, weil er die Legatare vollständig befriedigen muß, und sie im Falle einer Pflichttheils-Verkürzung zu der im §. 783 vorgeschriebenen Beytragsleistung nicht verhalten kann.

§. 802.

Wirkung der bedingten Erbserklärung.

Wird die Erbschaft mit Vorbehalt der rechtlichen Wohlthat des Inventariums angetreten, so ist sogleich vom Gerichte das Inventarium auf Kosten der Masse aufzunehmen. Ein solcher Erbe wird den Gläubigern und Legataren nur so weit verbunden, als die Verlassenschaft für ihre, und auch seine eigenen, außer dem Erbrechte ihm zustehenden, Forderungen hinreicht.

1) In Ansehung der Art und Weise, wie die Inventur aufzunehmen ist, enthält die mehrerwähnte Instruction für die küstenländischen Bezirksgerichte folgende Vorschrift: Wenn der Fall der Inventur eintritt, so nimmt dieselbe der Bezirksrichter selbst vor, oder er ertheilet hierzu einem Amts-Individuum den Auftrag. Ob bey Verlassenschaften von größerer Wichtigkeit nicht nach Thunlichkeit allenfalls zwey Inventurs-Commissäre zu ernennen seyen, bleibt dem vernünftigen Ermessen des Bezirksrichters anheimgestellt. — Um den Unterthanen bey Verlassenschaften, welche sich in den vom Sitze des Gerichtes entfernten Ortschaften ergeben, die mit der Abordnung von Gerichts-Beamten verbundenen Reisekosten und Taggelder möglichst zu ersparen, sind mit den Geschäften der Sperr-Anlegung, der Inventur und der Versteigerung in solchen Gemeinden die Gemeinde-Anwärter, oder Gemeinde-Vorsteher, oder andere zu diesem Ende in der Gemeinde bestellte Aushülfspersonen zu beauftragen. — Der Erbe ist zwar zu dem Vorgange der Inventur-Errichtung einzuladen, diese ist aber, wenn er nicht erscheinen sollte, darum nicht aufzuschieben. Dazu zu erscheinen, und auch eine Abschrift der Inventur auf

eigene Kosten zu erheben, ist allen denjenigen, die an die Verlassenschaft Forderungen haben, und überhaupt jedem, dem daran liegt, gestattet. — Der Inventurs-Commissär hat zugleich zwey rechtschaffene Hausgenossen, oder zwey andere im guten Rufe stehende Personen, die als Zeugen gegenwärtig zu bleiben haben, beyzuziehen.

2) Die Inventur ist mit aller möglichen Genauigkeit zu errichten, und in dieselbe ist alles, was zur Verlassenschaft gehört, einzuschalten, nähmlich: alle liegende und fahrende Güter; alle dem Erblasser gegen Andere zustehende Rechte, Ansprüche und Forderungen, diese mögen versichert oder unversichert, verbrieft oder unverbrieft seyn, sammt den bis zum Todestage des Erblassers rückständigen Zinsen, und nebst allen Urkunden, Rechnungen, Quittungen und anderen Schriften, die von einigem Nutzen seyn können. — Sollte Jemand Sachen, die bey Errichtung der Inventur gefunden werden, als sein Eigenthum ansprechen, so sind diese darum aus der Inventur nicht wegzulassen; nur sind sie ohne Schätzung in ein besonderes Verzeichniß zu bringen, in welchem zugleich die Personen, die darauf Ansprüche machen, und ihre Rechtstitel, angemerket werden. — Eine gerichtliche Schätzung der liegenden Güter ist bey Errichtung des Inventariums nur auf Ansuchen der Parteyen oder in den Fällen, wo es die Gesetze ausdrücklich vorschreiben, aufzunehmen. Außer diesen Fällen wird der Werth der Güter nach der letzten Erwerbungsurkunde, oder in deren Ermangelung nach dem Steuercataster in dem Inventarium angesetzt. Die Urkunden, nach denen der Werth der Güter berechnet worden ist, sind dem Inventarium in Original oder in beglaubigten Abschriften oder Auszügen anzuschließen.

Bey Beschreibung der Fahrnisse ist ihre Gestalt, Eigenschaft, Gewicht, Zahl und Maß genau auszudrücken; auch ist von jedem Stücke der durch beeidigte und eigens beygezogene Schätzmänner zu bestimmende Werth in der gehörigen Rubrik anzusetzen.

Wenn es in der Verlassenschaft des Verstorbenen mehrere im Bezirke des Gerichtes liegende abgesonderte Besitzungen gibt, so sind die Fahrnisse, welche sich dabey befinden, der Ordnung nach zu verzeichnen, und nach vorläufiger gerichtlicher Schätzung

in die Haupt-Inventur mit der Anmerkung, zu welcher Besitzung jedes Stück gehöre, einzutragen.

Wenn in einer Verlassenschaft Bücher vorkommen, so hat der Inventurs-Commissär die Pflicht, ein Verzeichniß davon zu verfassen, das der Inventur beyzuschließen ist. Dieses Bücher-Verzeichniß ist so einzurichten, daß aus der bestimmten Angabe des Titels, aus dem Nahmen des Verfassers, aus der Zeit und dem Orte des Druckes, aus dem Formate und der Zahl der Bände alle Umstände ohne Zweifel gehoben werden können. Das Gericht hat dasselbe dem Kreisamte zur nöthigen Amtshandlung zu übergeben, bis zum Eintreffen der kreisämtlichen Erledigung aber das Geeignete zu verfügen, damit kein Buch aus der Sammlung weggenommen werde, oder auf andere Weise in Verlust gerathe.

In der Inventur sind ferner die bis dahin mit Genauigkeit erhobenen Schulden zu verzeichnen; in den gehörigen Rubriken des Passivstandes sind nebst den Capital-Schulden, die auf der Verlassenschaft haften, auch die bis zum Todestage des Erblassers verfallenen Zinsen mit ihrem Betrage aufzuführen; bey fortwährenden jährlichen baren Leistungen wird die demselben entsprechende Capitals-Summe angesetzt, mit dem Beyfügen, ob und was bis zu dem Todestage des Erblassers rückständig sey, bey Gehalten und Pensionen ist anzumerken, ob sie mit Naturalien oder im Gelde zu entrichten seyen, und was der Rückstand bis zum Todestage des Erblassers betrage; rücksichtlich der rückständigen Abgaben ist gleichfalls der Betrag anzusetzen, mit der Bemerkung, in welche Casse sie zu bezahlen seyen. Der Inventurs-Commissär hat sich jedoch weder in weit aussehende Untersuchungen über die Verlassenschafts-Schulden, noch in eine Beurtheilung der Liquidität derselben, in Ansehung derer den Parteyen ihre Rechte vorbehalten bleiben, einzulassen. Er hat sich übrigens bey dem Vorgange mit allem Fleiße und mit aller Aufmerksamkeit und Redlichkeit zu benehmen; das Geschäft nicht unnütz und mehr als nothwendig ist, in die Länge zu ziehen, und nichts, was in die Verlassenschaft gehört, unter was immer für einem Vorwande wissentlich auszulassen; vor Allem hat er sich aber jedes Bezuges eines Privat-Vortheiles zu enthalten, und

es ist ihm nicht erlaubt, auch nur die geringste Sache aus der Verlassenschaft, wäre es auch gegen die Bezahlung des Schätzungswerthes oder gegen eine andere, wie immer geartete Vergütung, sich zuzueignen; bey schwerer Verantwortlichkeit und unausweichlicher Strafe [1]).

3) Wird in einer Verlassenschaft fremder Tabak gefunden, so ist er, wenn darüber nicht der gesetzliche Bezugs-Ausweis vorhanden ist, dem Fiscus verfallen. Aber auch dann, wenn wirklich ein solcher Bezugs-Ausweis vorliegt, kann der fremde Tabak weder im Erbschaftswege, noch mittelst einer öffentlichen Versteigerung oder Privatveräußerung an einen Dritten übertragen werden; sondern er ist entweder dem Gefälle zur Ablösung nach dem Werthe, welchen er für den Fabriksgebrauch hat, zu übergeben, oder dessen Ausfuhr für das Ausland zu bewirken [2]).

4) Das Inventarium über das Vermögen einer geistlichen, mit einer Pfründe versehenen Person wird in Gegenwart der von der politischen und geistlichen Behörde bestellten Commissäre errichtet, und es wird in dem gerichtlichen Inventar in der Rubrik des Passivstandes jener Betrag der mangelnden oder beschädigten Dinge, welche zur Dotation der Pfründe gehören, angemerkt, der von diesen Commissären angezeigt wird. Eine gleiche Anmerkung muß für jede andere von denselben gestellte Forderung gemacht werden [3]). Es muß daher eine Absonderung (Separation) des der Pfarrpfründe, vermöge der Stiftungsurkunde (Errections-Instrument) oder des Pfarrbeyläß auch sogenannten Stellungs-Inventars, gehörigen Vermögens geschehen.

5) Stirbt ein Pfarrer oder Beneficiat, zu dessen Pfarr oder Beneficium ein öffentlicher Fond Patron ist, so hat der Magistrat oder die Herrschaft ungesäumt dem Kreisamte die Anzeige zu machen, dasselbe aber ebenfalls ohne Verzug den Stand der Pfarrgebäude durch den Kreis-Ingenieur genau untersuchen, und die Gebrechen, welche sich aus Schuld, Nachlässigkeit oder Verwahrlosung des verstorbenen Pfarrers ergeben, genau bezeichnen zu

1) Obige Instruction §§. 21 — 23.
2) Hofkam. Dec. vom 10. März 1828.
3) Instruction §. 20.

lassen, wobey zugleich auszuweisen ist, was die Herstellung derselben kostet. — Sind die Erben oder ihre Vertreter dem Kreisamte bekannt, so sind sie zu dieser Untersuchungs-Commission vorzuladen, und ihre Erklärung dem Protocolle einzuschalten.

Das Kreisamt hat das Resultat dieser Untersuchung und die an die Erben geforderte Summe zur Herstellung der Gebäude sogleich der Landesstelle vorzulegen, diese aber dem Landrechte der Provinz hiervon die Mittheilung ungesäumt zu machen, welches dann den Erben oder Massevertretern dieses zu eröffnen und mit Bestimmung eines verhältnißmäßigen, jedoch kurzen Termines und ohne unnöthige Erstreckungen zu gestatten, die Erklärung abzufordern hat, ob sie sich zur Leistung des geforderten Betrages erklären, oder die Vornehmung eines gerichtlichen Augenscheins verlangen.

Wird auf den gerichtlichen Augenschein erkannt, so ist dieser jedes Mahl, mit Zuziehung der Kammerprocuratur und des Kreisingenieures, in der kürzesten Zeit einzuleiten. Von dem gerichtlichen Erkenntnisse wird es abhängen, wer die Kosten dieser Augenscheins-Commission zu bestreiten habe.

Wird die Tragung der Kosten dieses gerichtlichen Augenscheins gegen die Erben erkannt, so ist sowohl der dießfällige Betrag, als jener, welcher als Vergütung für den schlechten Zustand der Gebäude ausgesprochen wird, aus der Verlassenschaftsmasse sogleich der Landesstelle zur Verwendung bey den als nothwendig erkannten Reperationen zu erfolgen; indem, wenn auch die Erben gegen dieses Erkenntniß einen weiteren Rechtszug ergreifen sollten, und ihnen ein minderer Ersatzbetrag hierüber auferlegt würde, ihnen der in Folge des Erkenntnisses des ersten Richters zuerkannter Mehrbetrag von jenen, die sonst gesetzlich zur Herstellung der Pfarrsgebäude verpflichtet sind, immer zurückersetzt werden muß, sie daher keinen Schaden leiden; wogegen allerdings durch die längere Verzögerung der Baureparation ein Nachtheil für die Baupflichtigen entstehen müßte [1].

---

1) Justiz. Hofdec. vom 25 April 1817; J. G. S. Nr. 1132.

6) Ist unter dem Vermögen des Verstorbenen auch eine Herrschaft (Dominium) begriffen, so ist es nicht allein um die Herrschaft selbst und deren Werth zu thun, sondern es muß auch nebst diesem der derselben besonders angehörige Activ- und Passivstand erhoben werden. Zu diesem Ende muß vor Allem das Wirthschaftsamt die sämmtlichen Wirthschaftsrechnungen mit dem Todestage des Erblassers abschließen, und über jeden Rechnungsgegenstand eine ordentliche Stückrechnung formiren, in welche alle Quellen des Einkommens, so wie die Anlagen und Passirungen in Geld oder Natura aufzunehmen sind, und dann müssen über dasjenige, was vermöge des Rechnungsschlusses bey jeder Rubrik vorhanden seyn soll, förmliche Liquidationen abgefaßt werden. Auf diese Art entstehen so viele Liquidationen, als Rechnungsgegenstände vorhanden sind, nähmlich: Rent-, Kasten-, Vieh-, Gewölb-, Fisch- und Waldamtsliquidationen. In diese müssen (zur Bestimmung des Activ-Standes) alle Zinsungen und sonstigen Empfänge bis zum Sterbetage berechnet, und als ob sie schon eingegangen wären, einbezogen werden; eben so sind alle im Voraus erfolgten Deputate und andere entweder in Geld oder Natura geleisteten Anticipationen, als ob sie nicht geleistet worden wären, zu behandeln; dann müssen (zur Bestimmung des Passivstandes) auch alle der Verlassenschaftsmasse bis zum Sterbetage zur Last fallende Forderungen in die Liquidationen aufgenommen werden, woraus sich nun der Activ- und Passivstand der Masse, wie er am Tage des Todes des Erblassers wirklich war, ergibt. — Sind die sämmtliche Stückrechnungen in Ordnung, so werden sie von der Inventurs-Commission mit Faden durchzogen und gesiegelt, und der nach dem Abschlusse derselben verbliebene und in die Liquidation übergetragene Rest (das Plus) oder im Gegentheile, die sich allenfalls zeigende Rechnungsübersteigung (das Minus) mit Vorbehalt der Revision, welche aber nicht der Inventurs-Commission, sondern den Erben obliegt, approbirt [1]).

---

1) Siehe das adelige Richteramt des Herrn Hofrathes Joachim Füger, 1te von Herrn Prof. Wagner umgearbeitete Auflage S. 127 — 131.

7) Die verfaßte Inventur wird von dem Commissär, von den Schätzmännern in den Fällen, wo sie verwendet wurden, und von den beyden gegenwärtig gewesenen Zeugen unterschrieben. Besteht die Inventur aus mehreren Bogen, so wird der Faden, womit sie zusammen geheftet sind, an beyden Enden durch Aufdrückung des Amtssiegels dergestalt befestiget, daß ohne Verletzung des Siegels kein Bogen getrennt und herausgenommen werden könne. — Die mit einem Siegel versehenen Zeugen haben ihre Unterschrift durch Beydrückung ihres Siegels zu bekräftigen. Bey des Schreibens unkündigen Zeugen wird noch ein Dritter, der schreiben kann, beygezogen. Dieser unterschreibt den Nahmen und Zunahmen der des Schreibens unkündigen Zeugen, jeden besonders, und die letzteren setzen jeder zu seiner Nahmensunterschrift sein Handzeichen bey. Der Zeuge, welcher für die übrigen unterschrieben hat, macht bey seiner eigenen Nahmensunterschrift die Anmerkung, daß er den Nahmen und Zunahmen der des Schreibens unkündigen Zeugen unterschrieben habe. Solche Zeugen sind aber bloß in dem Falle beyzuziehen, wenn man andere, die das Schreibens kündig sind, nicht haben kann. — Die Inventur, nebst dem bey dieser Gelegenheit aufgenommenen Protocolle, sind sodann mit einem Einbegleitungsberichte durch das Einreichungs-Protocoll dem Gerichte zu übergeben, und nachdem darüber das Nöthige verfügt worden, in der Registratur aufzubewahren, wo die Erben und jeder Andere, dem daran liegt, eine Abschrift erlangen kann.

8) Ein Erbe, der von der Wohlthat des Inventars Gebrauch gemacht hat, befriediget die Gläubiger einzig aus der Verlassenschaft, und wenn sie dazu nicht hinreichen würde, ist er berechtigt, die Eröffnung des Concurses über die Verlassenschaft zu begehren [1]), in welchem Falle dann die Masse nach der in der Concursordnung festgesetzten Reihenfolge unter die Gläubiger vertheilt werden würde. Nur der §. 815 enthält einen Fall, in welchen auch der bedingt sich erklärte Erbe mit seinem eigenen Vermögen verantwortlich wird. Steht dem Erben selbst eine

1) §. 2 der Concursordnung.

Forderung gegen den Erblasser zu, so ist er sich selbst in so weit zahlhaft zu machen berechtigt, als ein Dritter, wenn ihm ein gleiches Forderungsrecht zustünde, zur Bezahlung gelangen würde. — Erübriget noch ein Nachlaß zu einer wenigstens unvollständigen Befriedigung der Notherben oder Vermächtnißnehmer, so leistet er sie mit verhältnißmäßigem Abzuge (§§. 690—693 und 783), und er ist nicht nur für die Vergütung seiner zum Besten der Masse gemachten Auslagen, sondern auch für eine seinen Bemühungen angemessne Belohnung zu sorgen befugt. Die Gläubiger, Vermächtnißnehmer und Notherben sind der Inventur und Schätzung beyzuwohnen, und auf ihre Kosten eine beglaubigte Abschrift davon zu nehmen, berechtigt. Sie können zufolge der Gerichtsordnung auch verlangen, daß die Personen, welche den Nachlaß verwahrt und verwaltet haben, die Wahrhaftigkeit ihrer Angabe der Erbsachen eidlich bekräftigen [1].

§. 803.

Berechtigung zur bedingten oder unbedingten Antretung oder Ausschlagung der Erbschaft.

Der Erblasser kann dem Erben den Vorbehalt dieser rechtlichen Wohlthat nicht benehmen, noch die Errichtung eines Inventariums verbiethen. Selbst die in einem Erbvertrage zwischen Ehegatten darauf geschehene Verzicht ist von keiner Wirkung.

1) Die Absicht des Gesetzgebers, welche dieser Anordnung zum Grunde liegt, ist, den im dem Testamente eingesetzten, und von dem Gesetze berufenen Erben von der immer höchst unangenehmen Collision zu befreyen, entweder durch Annahme der Erbschaft sich der Gefahr auszusetzen, aus eigenem Vermögen (vielleicht beträchtliche) Daraufzahlungen leisten zu müssen, oder durch Ausschlagung derselben, Vortheile zu entbehren, die ihm außerdem zugegangen seyn würden.

1) Siehe Zeillers Commentar Nr. 2.

2) Nach dieser Absicht, welche aus den Worten des gegenwärtigen §. klar hervorleuchtet, soll daher jeder Erbe ganz freye Wahl haben, ob er die Erbschaft bedingt oder unbedingt antreten wolle, und es soll aller psychologische Zwang, das letztere zu wählen, hintan gehalten werden. — Wenn daher z. B. der Erblasser anordnet: der A oder der B soll mein Erbe seyn, je nachdem der eine oder der andere sich zu meinem Verlasse unbedingt erbserklären wird, so würden beyde Personen, ohne Unterschied, ob der eine oder der andere bedingt oder unbedingt die Erbschaft zu übernehmen sich erkläret, als Erben eintreten, und wenn der Erblasser Jemanden ein Prälegat unter der Bedingung aussetzte, wenn er sich unbedingt erbserklären würde, so würde derselbe das Prälegat für jeden Fall, er möge sich bedingt oder unbedingt als Erben erklären, erhalten.

§. 804.

Die Errichtung des Inventariums kann auch von demjenigen verlangt werden, dem ein Pflichttheil gebührt.

1) Vermächtnißnehmer und Gläubiger können auf die Errichtung eines Inventariums, um mittelst desselben den wahren Stand der Verlassenschaft kennen zu lernen, nicht dringen, weil sie, im Falle der Erbe selbst kein Inventar errichten läßt, mit ihren Ansprüchen ohne Rücksichtnahme auf die Kräfte des Verlassers befriediget werden müssen (§. 801). — Der Gegenstand ihrer Ansprüche sind einzelne Sachen; Eine oder mehrere Sachen von gewisser Gattung; bestimmte Summen, oder sich auf solche Sachen beziehende Rechte (§. 535); es ist daher auch zur Ausmittelung derselben die Kenntniß des ganzen Verlassenschaftsstandes nicht nothwendig. Anders verhält es sich aber mit dem Pflichttheile. Denn der Pflichttheil ist ein bestimmter Theil der reinen Verlassenschaft (§§. 765 und 766), es ist daher nicht möglich, zur Kenntniß der Größe desselben zu gelangen, wenn nicht der ganze Stand der Verlassenschaftsmasse bekannt ist. — Der Gesetzgeber kann aber die Rechte des Notherben nicht füglich der Gewissenhaftigkeit des eingesetzten Erben anheim stellen, und

den ersteren verhalten, die Größe des Pflichttheils lediglich nach dem eidstättigen Vermögens-Bekenntnisse des sich unbedingt erklärten Haupterben zu berechnen, und räumet daher demjenigen, dem ein Pflichttheil gebühret, auch das Recht ein, die Errichtung des Inventariums zu begehren [1]).

2) Werden Jemanden von dem Erblasser Sachen in genere aus der Verlassenschaft vermacht, z. B. Haus-, und Zimmereinrichtung, sämmtliche Pferde, Viehherden u. s. w., so kann ohne Zweifel auch dem Legatar das Recht nicht benommen seyn, darauf zu dringen, daß über diese Sachen ein ordentliches genaues Inventarium errichtet werde. — Denn hier ist die Errichtung eines Inventariums zur Ausmittelung des eigentlichen Legates unumgänglich nothwendig. — Dieses Inventarium ist jedoch kein solches, von welchem in den §§. 800—804 gesprochen wird; denn dieses umfaßt sämmtliche Verlassenschaftszweige, und hat die Darstellung des gesammten Vermögensstandes eines Verstorbenen, nicht aber, die Beschreibung einzelner Vermächtnißstücke zum Zwecke.

3) Es ist möglich, daß Jemand in einer Beziehung als Erbe, und in einer anderen als bloßer Legatar in Bezug auf den nähmlichen Gegenstand, der ihm in der letztwilligen Anordnung zugedacht wird, erscheine. Dieses ist dann der Fall, wenn dem Erblasser selbst eine Erbschaft angefallen war, und er nun dieselbe in seiner letzten Anordnung Jemanden vermachet. In Beziehung auf die Verlassenschaftsmasse, an welche dem Erblasser das legirte Erbrecht zugestanden ist, ist nun derjenige, dem das Erbrecht vermacht ist, gleichfalls als Erbe anzusehen, in Bezug auf die Verlassesmasse des Erblassers aber ist er lediglich als Legatar zu betrachten. — Er kann daher als Erbe allerdings auf die Errichtung des Inventariums über die Verlassenschaft, zu der ihm das Erbrecht legirt ist, dringen, keineswegs aber kann er auch die Errichtung des Inventariums über die gesammte Verlassenschaft des Erblassers selbst verlangen.

---

1) Man sehe übrigens bey §. 803 die Erläuterung Nr. 3.

§. 805.

Wer seine Rechte selbst verwalten kann, dem steht frey, die Erbschaft unbedingt, oder mit Vorbehalt der obigen Rechtswohlthat anzutreten, oder auch auszuschlagen. Vormünder und Curatoren haben die am gehörigen Orte ertheilten Vorschriften zu befolgen (§. 233).

1) Unter die Personen, welche ihre Rechte selbst verwalten können, gehören auch die Frauenspersonen, die weder unter der Vormundschaft noch Curatel stehen. Daher dürfen auch dieselben der gegenwärtigen Vorschrift des Gesetzes gemäß ihre Erbserklärung bedingt oder unbedingt, wie sie es nähmlich räthlicher finden, überreichen, und bedürfen bey der unbedingten Erbserklärung nicht, wie es früher vorgeschrieben war, der Certioration eines Rechtsfreundes, von welcher sie gegenwärtig ganz befreyt sind (§. 1349).

2) Minderjährige und unter Curatel stehende Personen können dagegen, da sie ihre Rechte nicht selbst verwalten können, sich weder bedingt noch unbedingt erbserklären, und eben so wenig die Erbschaft ausschlagen, sondern es muß entweder ihr Vater, ihr Vormund oder Curator die Erklärung in ihrem Nahmen überreichen. Doch können diese Personen eigenmächtig sich nur bedingt für ihre Pflegebefohlenen als Erben erklären; wollen sie die Erbschaft ausschlagen, so bedürfen sie hierzu die gerichtliche Bewilligung. Die Genehmigung zu einer unbedingten Erbserklärung könnte das Gericht nicht einmahl ertheilen (§. 233 Nr. 7 und 8).

3) Die Erbserklärung kann auch durch einen Bevollmächtigten überreicht werden. Dieser Bevollmächtigte muß sohin die Erbserklärung eigenhändig unterfertigen, und die Original-Vollmacht seines Gewaltgebers beylegen. Soll sich der Bevollmächtigte bedingt als Erbe erklären, so genügt eine *allgemeine*, auf die Besorgung der Geschäfte desselben überhaupt lautende Vollmacht (§§. 1006—1008). Wenn er sich aber *unbedingt*

erklären soll, so ist hierzu eine *specielle*, auf die *unbedingte Antretung dieser Erbschaft* insbesondere lautende Vollmacht nothwendig. Hier entsteht die Frage: ob derjenige, welcher eine Vollmacht von dem Erben erhielt, welche bloß auf die unbedingte Erbserklärung lautet, auch berechtiget sey, sich nach Gutbefinden *bedingt* erbszuerklären? — In der vierten von dem Herrn Professor Wagner umgearbeiteten Auflage des adeligen Richteramtes vom Herr Hofrathe Joachim Füger (Seite 100) wird diese Frage verneinend beantwortet. — Da ich der gegentheiligen Meinung mich anschließe, so liegt es mir ob, die Gründe zu würdigen, welche für die verneinende Beantwortung aufgeführt worden sind. — Man sagt, der für die bejahende Beantwortung der obigen Frage aufgeführte Satz: majus in se continet etiam minus sey hier von keiner Anwendung. Denn einmahl sey es nicht richtig, daß eine unbedingte Erbserklärung das Majus, und die bedingte das Minus, daher die Vollmacht zur zweyten in der ersten enthalten sey, indem die Begriffe *bedingt* und *unbedingt* (nicht bedingt) offenbar logische Gegensätze seyen; *Gegensätze* aber nach den Regeln der Logik nicht in einander enthalten seyn können, weil Nichts zugleich seyn und nicht seyn kann, was aber nothwendig seyn müßte, wenn das Bedingte in dem Nichtbedingten, das Seyn der Bedingung in dem Nichtseyn derselben enthalten wäre. — Dann habe auch, wenn gleich die unbedingte Erbserklärung manche dem Erben nachtheilige Folgen nach sich zieht, welche die bedingte nicht hat, jene doch auch bedeutende Vortheile für den Erben, die ihm bey dieser nicht zu Statten kommen (z. B. die Ersparung der Kosten der Inventur, die Geheimhaltung mancher specieller Vermögens-Verhältnisse u. s. w.), die oft weit die Vortheile der bedingten Erbserklärung aufwiegen; daher es denn dem Erben nicht gleichgültig seyn kann, ob der Mandatar, dem er die Vollmacht bloß zur unbedingten Erbserklärung gab, sich bedingt erbserkläre, und dadurch eine Inventur veranlasse oder nicht. Endlich sage der §. 1007 und 1009 des b. G. B. ausdrücklich, daß der Bevollmächtigte an die Gränzen einer beschränkten Vollmacht gebunden sey. Diese

Beschränkung sey aber hier durch den beygefügten Zweck, nähmlich zur unbedingten Erbserklärung, untrennbar ausgedrückt.

Dagegen sey mir erlaubt Folgendes zu bemerken. — Die Ausdrücke bedingte und unbedingte Erbserklärung sind rein technisch, und haben eine von der gewöhnlichen etwas abweichende Bedeutung. Derjenige, der sich bedingt erbserklärt, will eben so, wie der, der sich unbedingt erbserklärt, Erbe seyn, und er will sein Erbrecht keineswegs von einer bestimmten Ereignung abhängig machen (§. 696). Derjenige, der sich unbedingt erbserklärt, will in die Rechte und Verbindlichkeiten des Verstorbenen ohne der Beschränkung, ob die ersteren von den letzteren überwogen werden oder nicht, eintreten; derjenige dagegen, der sich bedingt erbserklärt, will die Verbindlichkeiten des Verstorbenen nur in so weit, folglich mit der Beschränknng übernehmen, als sie den Inbegriff der Rechte des Verstorbenen nicht überwiegen. — Man könnte daher die bedingte Erbserklärung ganz füglich eine beschränkte [1]), und die unbedingte eine unbeschränkte nennen. — Faßt man aber die Ausdrücke bedingte und unbedingte Erbserklärung in dieser Bedeutung auf, so verschwindet auch der scheinbare Gegensatz, in welchen diese beyden Arten der Erbserklärung allerdings stehen würden, wenn man den Ausdruck „bedingt" im Sinne des §. 696 nehmen würde. — In der Bedeutung, als aber der Ausdruck „bedingt" hier zu nehmen ist, erscheint allerdings die unbedingte Erbserklärung als das Majus, die bedingte aber als das Minus; denn die erstere umfaßt alle Verbindlichkeiten des Verstorbenen, die letztere aber ein bestimmtes Maß derselben. — Richtig ist es zwar, daß die unbedingte Erbserklärung dem Erben auch eigene Vortheile gewähret, die ihm bey der bedingten nicht zu Statten kommen; allein diese Vortheile würden dem Erben auch dann entgehen, wenn die Abhandlungsbehörde die bedingte Erbserklärung zurückweisen, und der Bevollmächtigte sich nicht entschließen würde, eine unbedingte Erbserklärung zu überreichen, indem dann ein Curator haereditatis jacentis aufgestellt werden müßte, der natürlich die Errichtung des Inventars auf Kosten der Masse be-

1) Im §. 807 wird selbe auch wirklich eine beschränkte Erbserklärung genannt.

gehren müßte. Setzen wir den Fall: der A, der von seinem am Rande des Grabes stehenden, und den Ruf eines reichen Mannes genießenden Onkel eine Erbschaft erwartet, hat eine weite Reise zu unternehmen, von welcher er erst nach Jahren zurückzukehren hofft. Er stellt daher an seinen Freund B eine Vollmacht aus, nach Absterben seines Onkels die Erbschaft unbedingt anzutreten. Der Onkel stirbt, und es melden sich gleich nach seinem Tode viele bisher verborgene Gläubiger, so, daß B mit Grunde besorget, der Passivstand werde das Activ-Vermögen überwiegen. Der B getraut sich daher nicht, von der Vollmacht seines Freundes, die er in der sicheren Meinung der vortheilhaften Vermögens-Verhältnisse des Onkels ausfertigte, nach ihrer vollen Ausdehnung Gebrauch zu machen, und überreicht daher nur eine bedingte Erbserklärung. Würde ihn nun das Gericht mit derselben zurückweisen, und der B dessenungeachtet, aus Furcht, seinem Freunde beträchtlich zu schaden, keine unbedingte Erbserklärung überreichen; könnte ihn wohl die Abhandlungs-Behörde zur Ueberreichung derselben mit Gewalt nöthigen? — gewiß nicht. — Es müßte denn doch zuletzt zur Inventur kommen, und der Erbe sich gefallen lassen, die Erbschaft mit Abzug der Inventurs-Kosten (wozu sich noch die Curatelskosten gesellen würden), und nachdem sämmtliche Vermögens-Verhältnisse offenbar geworden sind, sich einantworten zu lassen. Zudem kömmt noch, daß in manchen Fällen die unbedingte Erbserklärung ihre Bedeutung gänzlich verliert, und die Vortheile und Nachtheile der bedingten Erbserklärung annimmt (§. 807).

§. 806.

Der Erbe kann seine gerichtliche Erbserklärung nicht mehr widerrufen, noch auch die unbedingte abändern, und sich die Rechtswohlthat des Inventariums vorbehalten.

Der Grund des Gesetzes ist, weil durch die Erbserklärung alle, denen ein Anspruch auf die Verlassenschaft zusteht, wider den Erben ein Recht erworben haben (§. 540), das ihnen ohne ihren Willen nicht mehr benommen werden kann; und daß die-

ses Recht um so wichtiger sey, wenn der Erbe eine unbedingte Erbserklärung abgegeben, also mit seinem eigenen Vermögen zu haften sich verpflichtet hat (§. 801). Dagegen schließt das Gesetz die Abänderung einer mit der Rechtswohlthat der Inventur bedingten Erbserklärung in eine unbedingte, wodurch die Rechte der an der Verlassenschaft Theil nehmenden Personen nicht vermindert, sondern mittelst der Haftung des Erben aus seinem eigenen Vermögen mehr gesichert werden, nicht aus. Daß der Erbe auch seine Entsagung nicht mehr widerrufen könne, ist gleichfalls zweifelsfrey, weil dadurch die unbestimmt eingesetzten Miterben, die Nacherben, oder die gesetzlichen Erben ein Recht zur Nachfolge erworben haben [1]).

§. 807.

Wenn aus mehreren Miterben einige unbedingt; andere aber, oder auch nur Einer aus ihnen, mit Vorbehalt der erwähnten Rechtswohlthat, sich zu Erben erklären; so ist ein Inventarium zu errichten, und die auf diesen Vorbehalt beschränkte Erbserklärung der Verlassenschafts-Abhandlung zum Grunde zu legen. In diesem, so wie in allen Fällen, in welchen ein Inventarium errichtet werden muß, genießt auch derjenige, welcher eine unbedingte Erbserklärung abgegeben hat, so lange ihm die Erbschaft noch nicht übergeben worden, die rechtliche Wohlthat des Inventariums.

1) Wenn mehrere Erben eintreten, und einige davon sich ohne der Rechtswohlthat der Inventur, die anderen aber mit derselben sich erklären, so ist es nicht möglich, beyden zu willfahren. Denn die ersteren wollen theils die Kosten der Inventur ersparen, theils die Vermögens-Verhältnisse des Verstorbenen nicht der Oeffentlichkeit preis geben; die letzteren wollen sich aber

1) Siehe Zeillers Commentar zu diesen §. Nr. 1 und 2.

über die Kräfte des Verlassenschafts-Vermögens mit keinen Verbindlichkeiten belasten lassen, was nothwendig die Errichtung eines Inventars nach sich zieht, wodurch die obenangegebenen Zwecke wieder verloren gehen. — Bey diesen sich widerstreitenden, und gegenseitig zerstörenden Interessen kann der Gesetzgeber nur Eines begünstigen, und dieses ist das Interesse derjenigen, welche eine bedingte Erbserklärung abgeben. Darum verordnet das Gesetz, daß in dem hier berührten Falle ein Inventarium zu errichten, und die auf diesen Vorbehalt beschränkte Erbserklärung der Verlassenschafts-Abhandlung zum Grunde zu legen sey.

2) Es gibt auch Fälle, wo es gar nicht in der Willkühr des eingesetzten oder berufenen Erben liegt, ob ein Inventarium errichtet werden soll oder nicht. — Dergleichen sind, wenn derselbe durch eine fideicommissarische Substitution beschränkt, oder zur Verwaltung seiner Rechte unfähig ist. — In diesen Fällen wird Amtswegen das Inventarium errichtet, und die allenfällige unbedingte Erbserklärung nicht beachtet.

3) Da aber nicht anzunehmen ist, daß sich Jemand bloß den Lasten, welche mit einer unbedingten Erbserklärung verknüpft sind, unterziehen wolle, ohne die damit verbundenen Vortheile zu genießen; so ordnet das Gesetz an, daß in allen Fällen, in welchen ein Inventarium errichtet werden muß, auch derjenige, welcher eine unbedingte Erbserklärung abgegeben hat, die rechtliche Wohlthat des Inventariums genieße.

4) Das Gesetz fügt jedoch dieser ausgesprochenen Anordnung die Beschränkung bey: „so lange ihm die Erbschaft noch nicht übergeben worden." — Zur Erläuterung dieser Beschränkung mag folgende Bemerkung dienen. — Der folgende §. 810 räumt nähmlich dem Erben, der bey Antretung der Erbschaft sein Erbrecht hinreichend ausweiset, das Recht ein, die Verlassenschaft zu besorgen und zu benützen. — Hat sich daher Jemand bereits unbedingt erbserkläret, ist ihm dann in Folge dieser unbedingten Erbserklärung die Verlassenschaft zur Benützung und Besorgung übergeben worden, und es meldet sich später ein bisher dem Gerichte unbekannter Erbe, der sich mit Vorbehalt

der Rechtswohlthat des Inventars zum Erben erkläret, so muß natürlich ein Inventarium errichtet werden. — Allein, da bereits die Verlassenschaft dem sich unbedingt erklärten Erben ohne Inventarisation übergeben worden ist, so kann bey der Errichtung des Inventars nicht mehr mit jener Sicherheit zu Werke gegangen werden, wie, wenn noch vor dieser Uebergabe das Inventar errichtet worden wäre; und es muß sich hier zum Theile auf die eigene Angabe des sich unbedingt erklärten Erben verlassen werden. Die Gläubiger und Legatare wären daher der größten Gefahr ausgesetzt, daß sie, wenn der Erbe nicht über alle Vermögenszweige genaue Auskunft ertheilt, in ihren gerechten Forderungen verkürzt werden; er kann daher auch in diesem Falle von den durch die unbedingte Erbserklärung eingegangenen Verbindlichkeiten nicht losgezählet werden. Der Ausdruck „übergeben worden," begreift daher nicht nur allein den Fall in sich, daß dem Erben die Erbschaft bereits ordentlich eingeantwortet (§. 823), sondern auch den, wo ihm die Erbschaft bloß zur eigenen Besorgung und Benützung überlassen wurde.

5) Eben so wenig darf man, wie Einige dafür halten, annehmen, daß der Gesetzgeber einen terminum ad quem habe bestimmen wollen, und daß z. B. die Rechtswohlthat der Inventur dem sich unbedingt erklärten Erben nur in so lange zukomme, bis ihm die Erbschaft nach §. 823 ordentlich eingeantwortet würde, da eine solche Begünstigung nur eine Scheinbegünstigung wäre, indem sie die aus der unbedingten Erbserklärung im Allgemeinen hervorgehenden Nachtheile nur weiter hinaus rücken würde. — Die Absicht des Gesetzgebers geht überhaupt dahin, den sich unbedingt erklärten Erben in allen jenen Fällen, wo ihm die Vortheile der unbedingten Erbserklärung nicht verschafft werden können, und es noch ohne Gefährdung der Legatare und Gläubiger geschehen kann, auch von den damit verbundenen Lasten zu befreyen, und denselben sohin für jeden Fall dem bedingt erklärten Erben gleich zu stellen.

§. 808.

Wird Jemand zum Erben eingesetzt, dem auch ohne letzte Willenserklärung das Erbrecht ganz oder zum Theile gebührt hätte; so ist er auch nicht befugt, sich auf die gesetzliche Erbfolge zu berufen, und dadurch die Erklärung des letzten Willens zu vereiteln. Er muß die Erbschaft entweder aus dem letzten Willen antreten, oder ihr ganz entsagen. Personen aber, denen ein Pflichttheil gebühret, können die Erbschaft mit Vorbehalt ihres Pflichttheiles ausschlagen.

1) Sowohl ein gesetzlicher, als ein Testaments-Erbe kann die Erbschaft mit oder ohne Vorbehalt des Inventariums antreten, oder ihr gänzlich entsagen. — Die Folge der Entsagung ist lediglich, daß die Erbschaft mit der nähmlichen Verpflichtung auf den Nacherben, die Miterben, oder gesetzlichen Erben übergeht, oder verhältnißmäßig unter die Legatare vertheilet wird (§. 726). Die in dem Testamente getroffenen anderweitigen Verfügungen des Erblassers erleiden wegen dieser Entsagung keine Aenderung.

2) Ist der im Testamente eingesetzte Erbe zugleich auch Intestat-Erbe, so steht es demselben nicht zu, dem ihm aus dem Testamente zustehenden Erbrechte zu entsagen, und sich auf die gesetzliche Erbfolge in der Art zu berufen, daß dadurch auch die übrigen testamentarischen Verfügungen des Erblassers unwirksam gemacht würden; jedoch setzt diese gesetzliche Anordnung voraus, daß das Testament, sowohl der inneren als äußerm Form nach, gültig sey; — denn wäre dieses nicht der Fall, — so kann dem Intestat-Erben nicht benommen werden, mit Umgehung des ohnehin ungültigen Testamentes sich aus dem Gesetze als Erben zu erklären. — Aus diesem Grunde scheint auch die Abhandlungsbehörde eine Erbserklärung, in welcher sich der im Testamente eingesetzte Erbe aus dem Gesetze als Erben erkläret, nicht Amtes-

wegen zurückweisen zu können, sondern es den Interessenten überlassen zu müssen, die Gültigkeit dieser Erbserklärung zu bestreiten. — Hat sich ein solcher bereits aus dem Testamente als Erbe erklärt, so ist er nicht mehr befugt, in Betreff der in demselben ihm aufgebürdeten Lasten sich auf die Ungültigkeit desselben zu berufen, und sich dadurch von der Tragung derselben zu befreyen. Auch liegt dem Erben im obigen Falle ob, die Ungültigkeit des Testamentes nachzuweisen, und die Gültigkeit desselben gegen diejenigen, welchen an der Aufrechthaltung desselben gelegen ist, im ordentlichen Wege zu bestreiten. — Da übrigens das Testament auch ohne Willen des darin eingesetzten Erben, der vielleicht dadurch besser bedacht ist, als wenn ihm die Erbschaft ab intestato zufiele, von anderen Interessenten bestritten werden kann, so muß es einem solchen Erben auch freystehen, sich alternative erbszuerklären; nähmlich vorerst aus dem Testamente, und für den Fall, als das Testament ungültig erklärt werden sollte, aus dem Gesetze. Es scheint jedoch auch zweifelsfrey, daß dem Erben, welcher zugleich gesetzlicher Erbe ist, und sich aus dem Testamente des Erblassers zum Erben erklärt hat, nach geschehener Ungültigkeits-Erklärung des Testamentes, noch immer frey stehe, aus dem Gesetze die Erbschaft anzutreten.

3) Dem Notherben kann der Pflichttheil nicht entzogen werden. — Er ist daher auch nicht verpflichtet, sich mit dem ihm von dem Erblasser in der letzten Willens-Erklärung zugedachten Erbtheil zu begnügen, und ist daher berechtiget, sich der ihm in dem Testamente zugesagten Erbschaft zu entschlagen, und sein Recht auf einen Pflichttheil, das ihm aus dem Gesetze gebühret, in Ausübung zu bringen. Da jedoch der Notherbe vielleicht mehr erhalten würde, wenn er die Erbschaft aus dem Testamente antreten würde, so frägt es sich, ob ihm nicht das Recht zustehe, sich mit Vorbehalt seiner Rechte auf einen Pflichttheil aus dem Testamente zum Erben zu erklären, und wenn es sich dann zeiget, daß er dadurch an seinem Pflichttheile verkürzt sey, nach §. 775 die Ergänzung desselben zu begehren? — Diese Frage scheint mir allerdings bejahend beantwortet werden zu müssen. Denn der §. 762 verpflichtet den Erblasser, seinen Notherben

den Pflichttheil zu hinterlassen; hat daher der Erstere wirklich seine Notherben auch in dem Testamente zu Erben eingesetzt, selbe jedoch auch mit Vermächtnissen und andern Lasten bebürdet, so sind selbe berechtiget, vorauszusetzen, daß er dabey das Maß seines Befugnisses nicht überschritten habe, und ihnen daher wenigstens so viel als reine Erbschaft erübrigen werde, als der Betrag ihres Pflichttheiles ausmacht. Zeigt es sich nun, daß die Notherben dessenungeachtet in ihrem Pflichttheile verkürzt sind, so räumt ihnen der §. 775 das Recht ein, die Ergänzung desselben zu fordern, und daher sowohl die eingesetzten Miterben, als die Legatare zu einem verhältnißmäßigen Beytrage anzuhalten (§. 783). Der gegenwärtige §. steht dieser sich aus anderen Gesetzesstellen ergebenden Behauptung keineswegs entgegen; denn er spricht sich nicht dahin aus, daß der Notherbe, wenn er sich aus dem Testamente zum Erben erkläret, dann des ihm in den §§. 775 und 783 eingeräumten Rechtes verlustig werde; sondern er räumt dem Notherben lediglich das Recht ein, mit Vorbehalt des Pflichttheiles, seinem Erbrechte aus dem Testamente zu entsagen, wodurch er aller Besorgung der Verlassenschaft überhoben wird, welche ihm in dem Falle immer zur Last fällt, wenn er sich aus dem Testamente zum Erben erkläret. — Da übrigens der §. 804 dem Notherben ganz unbedingt das Recht einräumet, die Errichtung des Inventariums zu begehren, so ist er bey diesem Ansuchen noch nicht verpflichtet, sich zu erklären, ob er die Erbschaft, so wie sie ihm im Testamente zugedacht ist, annehme, oder derselben mit Vorbehalt seines Rechtes auf den Pflichttheil entsage; sondern er kann den Ausschlag des Inventariums abwarten, und erst dann seine ordentliche Erbserklärung überreichen. Daß das Gesuch des Notherben um Errichtung des Inventars ganz unabhängig von seiner Erbserklärung angebracht werden könne, gehet aus der Betrachtung hervor, daß, wenn dieses Gesuch nur in Folge der überreichten Erbserklärung angebracht werden könnte, der ganze §. 804 überflüssig wäre, weil es sich schon aus den früheren §§. ergibt, daß derjenige, der sich zu einer Verlassenschaft erbserkläret, die Errichtung des Inventars verlangen könne; man sieht vielmehr, daß der Gesetzgeber dem Notherben denjeni-

gen Erben entgegen setzt, welcher die Erbschaft ordentlich antritt, was sich noch mehr aus der Vergleichung mit dem westgallizischen Gesetzbuche (2. Th. §. 620) ergibt, wo die Notherben, mit den nicht sichergestellten Gläubigern in eine Parallele gesetzt werden.

§. 809.

Uebertragung des Erbrechtes.

Stirbt der Erbe ehe, als er die angefallene Erbschaft angetreten oder ausgeschlagen hat; so treten seine Erben, wenn der Erblasser diese nicht ausgeschlossen oder nicht andere Nacherben bestimmt hat, in das Recht, die Erbschaft anzunehmen oder auszuschlagen (§. 537).

1) Nach §. 537 geht das Erbrecht, in so ferne der Erbe den Erblasser überlebt, auch vor Uebernahme der Erbschaft, wie andere freyvererbliche Rechte, auf seine Erben über; wenn es anders durch Entsagung oder auf eine andere Art noch nicht erloschen war, und zwar, wie es in der Natur der Sache liegt, in dem nähmlichen Zustande, in dem es sich zur Zeit des Todfalles des Erblassers befand. Hat sich daher der Erbe schon früher zur Erbschaft erkläret, so fällt das Erbrecht seinen Erben mit den Folgen der bedingten oder unbedingten Erbserklärung zu; hatte aber der Erbe die Erbschaft noch nicht angetreten, so geht das Ueberlegungsrecht auf sie über. Dabey versteht es sich, wie bereits von Zeiller bemerkte, von selbst, daß sie erst die Erbschaft desjenigen, dem das Erbrecht angefallen war, angenommen haben müssen.

2) Hier können sich nun folgende Fälle ergeben: a) Der Erbe kann sich zur Verlassenschaft unbedingt erbserklärt haben, während sich der Erbeserbe zur Verlassenschaft bedingt erbserkläret; oder b) es haben sich beyde unbedingt erbserkläret; oder c) es hat sich der Erbe bedingt, der Erbeserbe aber unbedingt erbserkläret; oder d) es haben beyde die Erbschaft nur mit Vorbehalt des Inventars angetreten. — In dem sub a) erwähnten

Falle haftet das ganze Vermögen des Erben für die Schulden und Vermächtnisse, welche der erstere Erblasser hinterlassen hat, der Erbeserbe kann sohin, selbst bey einer beträchtlichen Verlassenschaftsmasse des Erben, ganz leer durchgehen, allein er ist durch seine eigene bedingte Erbserklärung wenigstens in so weit gesichert, daß er aus eigenem Vermögen keine Daraufzahlung leisten darf. In dem Falle sub b) hat der Erbeserbe für alle Schulden und Lasten der Verlassenschaftsmasse des ersteren Erblassers sowohl, als dessen Erben, zu haften. In dem Falle sub c) aber entsteht die Frage: ob die Gläubiger der Verlassenschaft des ersteren Erblassers auf das Vermögen des sich zur Erbschaft unbedingt erklärten Erbeserben greifen dürfen? — Ist bereits zur Zeit der unbedingten Erbserklärung das Inventar über das Vermögen des ursprünglichen Erblassers errichtet, so kann kein Zweifel seyn, daß sich die erwähnten Gläubiger nur an das Verlassenschafts-Vermögen des ursprünglichen Erblassers zu halten haben, da in einem solchen Falle die Gläubiger nicht einmahl auf das Vermögen das sich unbedingt erklärten Erben greifen dürfen (§. 807). Eben so gewiß ist es, daß der Erbeserbe, welcher in die Rechte und Verbindlichkeiten des Erben tritt, die bedingte Erbserklärung des letzteren in eine unbedingte abändern könne, in welchem Falle, vorausgesetzt, daß das Inventar nicht schon früher errichtet worden ist, die sub b) berührten Rechtsverhältnisse eintreten. Zweifelhafter ist es, ob sich durch die unbedingte Erbserklärung des Erbeserben die früher von dem Erben abgegebene bedingte Erbserklärung ipso facto in eine unbedingte verwandle? — — Indessen glaube ich, daß diese Frage verneinend beantwortet werden müsse, weil der Erbeserbe seine guten Gründe haben kann, manche Vermögenszweige des Erben nicht zur Oeffentlichkeit zu bringen, während es ihm gleichgültig ist, ob der ganze Vermögensstand des ursprünglichen Erblassers bekannt werde oder nicht; auch kann er in der Ueberzeugung seyn, daß das eigentliche Verlassenschafts-Vermögen des Erben zur Befriedigung der Gläubiger und Legatare vollkommen hinreiche; es ist daher keine nothwendige Folge, daß der Erbeserbe mittelst der unbedingten Erbserklärung zur Ver-

lassenschaft des Erben auch die Erbschaft des ursprünglichen Erblassers unbedingt antreten wolle. Die Folgen des sub a) berührten Falles leuchten in die Augen.

3) Hatte aber der in dem Erbvertrage, oder in dem Testamente eingesetzte oder vom Gesetze berufene Erbe zur Zeit seines Todes die Erbschaft noch nicht angetreten, so geht auch das Recht desselben, die Erbschaft bedingt oder unbedingt anzutreten, oder dieselbe auszuschlagen, an die Erben desselben über. — Das Gesetz fügt aber hier die Ausnahme hinzu, „wenn der Erblasser die Erben nicht ausdrücklich ausgeschlossen, oder nicht andere Nacherben bestimmt hat." — Jedoch liegt es in der Natur der Sache, daß diese Fälle nur in einer Beziehung als Ausnahmen angesehen werden können, nähmlich nur in so weit, als das Gesetz hier unter den ersteren Erben die vom Gesetze, oder von dem Erben berufenen Nachfolger in seine Verlassenschaft versteht. — Denn auch die von dem Erblasser berufenen Nacherben sind Erben, und in Bezug auf sie bleibt die Vorschrift des gegenwärtigen Paragraphes, daß die Erbeserben in das Recht des letzteren, die Erbschaft anzunehmen oder auszuschlagen, eintreten, vollkommen aufrecht.

4) Daß aber in dem Falle, als der Erbe während der Ueberlegungsfrist stirbt, und der Erblasser Nacherben bestimmt hat, diese Nacherben, und nicht des Erben eigene Testaments- oder Intestat-Erben, zum Nachlasse gelangen, gehet aus dem Begriffe eines Nacherben hervor, welcher nach der Absicht des Erblassers dann in sein Vermögen succediren soll, wenn der von ihm ummittelbar eingesetzte, oder vom Gesetze berufene Erbe zur Erbschaft nicht gelangt (§. 604). Hat der Erblasser die Erben des Erben ausdrücklich ausgeschlossen, ohne zu bestimmen, welche Personen anstatt ihnen als Erben eintreten sollen, so entsteht natürlich die Frage, welche Personen als Erben einzutreten haben? — Bey Beantwortung dieser Frage glaube ich unterscheiden zu müssen, ob der Erblasser die Erben, welche ausgeschlossen seyn sollen, nahmentlich aufgeführt, oder ob er in allgemeinen Ausdrücken angeordnet hat, daß die Erben des Erben ausgeschlossen seyn sollen? — Im erstern Falle werden

diese Erbeserben so anzusehen seyn, als ob sie zu erben unfähig wären, und es werden daher diejenigen zur Erbschaft gelangen, welchen dieselbe in dem Falle der Unfähigkeit zufallen würde. — Hat er aber die Erbeserben in allgemeinen Ausdrücken ausgeschlossen, welcher Fall vernünftiger Weise nur dann gedenkbar ist, wenn der Erblasser durch Testament einen Erben ernannt hat, so treten die eigenen Intestat-Erben des Erblassers an die Stelle des ersteren; indem der Erblasser in diesem Falle lediglich zu Gunsten der Person des eingesetzten Erben von der gesetzlichen Erbfolge abweichen wollte. — Hätte aber der Erblasser selbst bey dem Eintreten der Intestat-Erbfolge verfüget, daß die Erben seines gesetzlichen Nachfolgers von der Erbschaft ausgeschlossen seyn sollen, so könnte diese Anordnung vernünftiger Weise nur auf die Testaments-Erben bezogen werden. — Denn es kann ja in so fern, vorausgesetzt, daß der Erblasser bey gesunder Vernunft gewesen sey, nicht angenommen werden, er habe in dem Falle, als sein nächster Erbe ihn überlebte, denjenigen von der Nachfolge ausschließen wollen, der, im Falle dieser nächste Erbe früher mit Tode abgegangen wäre, nach dem Gesetze zur Erbschaft gelangt seyn würde.

§. 810.

Vorkehrungen vor Einantwortung der Erbschaft: a) Verwaltung.

Wenn der Erbe bey Antretung der Erbschaft sein Erbrecht hinreichend ausweiset, ist ihm die Besorgung und Benützung der Erbschaft zu überlassen.

1) Es ist bereits bey Erläuterung des §. 800 bemerket worden, daß es die Abhandlungs-Instanz bey Ueberreichung der Erbserklärung, in so weit es sich nur um die Annahme derselben handelt, nicht so genau mit der Ausweisung des Erbrechts-Titels nehmen dürfe, und selbe, in so fern nur einige Wahrscheinlichkeit daraus hervorgehet, nicht verwerfen könne. — Ganz anders aber verhält sich die Sache, wenn es sich darum handelt, dem Erbschafts-Antreter die Verlassenschaft zur eigenen Besor-

gung und Benützung zu übergeben; in diesem Falle ist es mit der Ausweisung des Rechtstitels strenger zu nehmen, und die Abhandlungs-Instanz kann Keinem die Besorgung und Benützung der Verlassenschaftsmasse anvertrauen, der sich über sein Erbrecht nicht hinreichend ausgewiesen hat.

2) Diesem zu Folge kann die Abhandlungsbehörde demjenigen, der sein Erbrecht auf einen Erbvertrag oder ein Testament gründet, die Besorgung und Benützung der Verlassenschaft nur dann überlassen, wenn der- oder dasselbe von allen in die Augen fallenden äußeren und inneren Gebrechen frey befunden wird. — Dagegen kann ihm nicht aufgebürdet werden, die Negative zu beweisen, und daß ihm keine Unfähigkeits-Ursache zur Last falle, oder sein Erbrechtstitel durch keinen andern wieder aufgehoben werde. — Sollte das Eine oder Andere aber bereits dem Gerichte auf anderem Wege bekannt worden seyn, so könnte dasselbe gleichfalls mit der Uebergabe des Verlaßvermögens in die Obsorge und Benützung des Erben nicht vorgehen.

3) Aus dieser Vorschrift des Gesetzes folgt, daß kein Erbe, wenn er sich auch unbedingt als Erbe erklärt hätte, eigenmächtig die Besorgung und Benützung der Verlassenschaft an sich ziehen könne, sondern ihm dieselbe von Seite des Gerichtes eingeräumt werden müsse, da nur diesem die rechtskräftige Beurtheilung zusteht, ob der Erbe sein Erbrecht in der Art ausgewiesen habe, daß ihm die Verwaltung und Benützung der Erbschaft überlassen werden könne. — Machen sich Mehrere das Erbrecht wechselseitig streitig, so versteht es sich wohl von selbst, daß die Besorgung der Verlassenschaft Keinem gegeben werden könne, sondern der Fall einer gerichtlichen Administrirung oder Sequestrirung vorhanden sey (§§. 347 und 968). Sind mehrere Erben vorhanden, welche gemeinschaftlich zur Erbschaft berufen sind, so entscheidet die Mehrheit der Stimmen, und in deren Abgang müßte die Verlassenschaft von dem Abhandlungsrichter einer dritten Person zur Besorgung anvertraut werden (Vergl. §. 836).

4) Die Erben sind daher vor Einantwortung der Verlassenschaft, wie bereits schon bey einer anderen Gelegenheit gesagt

worden ist, und wie auch selbst Herr Hofrath v. Zeiller bey Erläuterung dieses §. bemerkte, lediglich als Verwalter des Nachlasses zu betrachten, und sie sind daher sowohl den unbefriedigten Erbschaftsgläubigern und Vermächtnißnehmern, so wie auch den später sich meldenden näheren Erben, sowohl für die Substanz als die bezogenen Nutzungen, verantwortlich. Sie können daher auch über die Verlassenschafts-Gegenstände nur in so weit rechtsgültig verfügen, als dieses ein anderer Vermögens-Verwalter zu thun berechtiget ist. Nur können sie in der Folge, wenn ihnen die Erbschaft wirklich eingeantwortet ist, ihre eigenen Handlungen nicht mehr anfechten. Diese Behauptung wird nicht nur durch die Analogie des §. 366 gerechtfertiget, sondern ihre Richtigkeit ergibt sich auch aus der Betrachtung, daß dem sich gemeldeten Erben doch nur in der Voraussetzung, daß ihm auch seiner Zeit wirklich die Erbschaft eingeantwortet werden wird, die Besorgung und Benützung der Verlassenschaft überlassen wird, und daß er daher auch alle Handlungen in dieser Voraussetzung unternimmt. — Die Einantwortung der Verlassenschaft an ihn ist daher eigentlich die aufschiebende Bedingung, bey deren Eintritt diese Handlung sonach erst ihre vollendete Rechtsgültigkeit erhält.

5) Aus der aufgestellten Behauptung, daß die Erben vor erfolgter Einantwortung nur als Verwalter des Nachlasses zu betrachten seyen, und aus der Betrachtung, daß der Fall möglich bleibt, daß der Erbe das bisher verwaltete Vermögen einem sich erst später mit einem stärkeren Anspruche sich legitimirenden Erben abtreten müsse, folgt, daß die Abhandlungsbehörde doch in gewisser Beziehung zugleich als Curatelsbehörde in Bezug auf den noch nicht rechtlich anerkannten Erben angesehen werden müsse, und daß sohin auch der Erbe, welchem die Benützung und Besorgung der Verlassenschaft anvertraut wurde, in wichtigeren Angelegenheiten, die Zustimmung der Abhandlungsbehörde einhohlen müsse. Dieses wäre z. B. der Fall, wenn die in der Verlassenschaft befindlichen unbeweglichen Güter veräußert, oder durch längere Zeit in Pachtung gegeben werden wollen. Die Abhandlungsbehörde hat aber bey dem Beschlusse, womit sie die Bewilligung

ertheilet oder versaget, vorzüglich den Grad der Wahrscheinlichkeit ins Augenmerk zu nehmen, welcher dafür vorhanden ist, daß der erklärte Erbe zur Zeit der Einantwortung auch wirklich als der rechtmäßige Erbe werde anerkannt werden, und sie wird um so weniger Bedenklichkeiten erregen, je größer dieser Grad der Wahrscheinlichkeit ist. — Zugleich gehet aber auch aus dieser Behauptung hervor, daß der Erbe vor erfolgter Einantwortung der Verlassenschaft in einem solchen Veräußerungsfalle nicht gehalten seyn könne, seine Anschreibung an das Verlassenschaftsgut früher zu erwirken, wie es der §. 432 vorschreibt, weil er dasselbe nicht im eigenen Nahmen, sondern als Verwalter eines Vermögens veräußert, dessen eigentlicher rechtmäßiger Ansprecher gegenwärtig noch nicht als rechtlich gewiß erscheinet. — Eine weitere Folgerung aus dem hier Gesagten ist, daß alle Forderungen, welche an den Verlaß zu stellen, zwar gegen den erklärten Erben, jedoch nur in der Eigenschaft eines Verwalters eines fremden Vermögens angebracht werden müssen.

6) Herr Hofrath von Zeiller bemerkt in seinem Commentare, daß der erklärte Erbe seinen Besitztitel in das öffentliche Buch eintragen lassen könne, und beruft sich dabey auf den §. 445, welcher anordnet, daß man sich nach den über die Erwerbungs- und Erlöschungsart des Eigenthumsrechtes unbeweglicher Sachen gegebenen Vorschriften auch bey den übrigen, auf unbewegliche Sachen sich beziehenden, dinglichen Rechten zu verhalten habe. — Allein ich kann dieser Ansicht nicht beystimmen. Denn das Erbrecht ist ein Recht, welches sich auf den ganzen Nachlaß des Verstorbenen, oder auf einen in Beziehung auf das Ganze bestimmten Theil desselben, somit auf eine Gesammtsache bezieht, welche bewegliche und unbewegliche Sachen, Rechte und Forderungen, ja! sogar Verbindlichkeiten in sich fasset (§. 531). Das Erbrecht als solches bezieht sich daher unmittelbar nur auf die Verlassenschaft als Gesammtsache, und nur mittelbar auf die einzelnen Sachen, aus welchen diese Gesammtsache bestehet. — Zudem gibt ja die Eintragung des Titels zum Besitze eines unbeweglichen Gutes den Besitz (§. 321), und in so fern dieser Titel von dem Eigenthümer selbst herrühret, das

Eigenthum selbst (§. 431). Damit aber Jemand in den wirklichen Besitz der einzelnen Erbschaftsstücke gesetzt werden könne, ist nothwendig, daß er vom Gerichte als der rechtmäßige Erbe erkannt, und von ihm die in dieser Eigenschaft obliegenden Verbindlichkeiten geleistet werden (§§. 818 und 819); ist aber beydes geschehen, so ist der Fall der Einantwortung der Erbschaft vorhanden, und es kann daher eine vorläufige Eintragung des Besitztitels, welche auch an und für sich zwecklos wäre, nicht Platz greifen. — Ich sage, sie wäre zwecklos; denn was soll sie nützen? — Soll sie den Erben gegen die Gefahr der Veräußerung oder der Bebürdung mit Lasten schützen? Hat Jemand bereits ein Recht gegen den Erblasser auf Veräußerung oder Bebürdung erworben, so kann es der Erbe durch die Eintragung seines Erbrechts-Titels nicht hemmen, weil er als Erbe ja in die Verbindlichkeiten des Erblassers eintritt; ist dieses nicht der Fall, so kann eine Veräußerung oder Bebürdung ohnehin durch Niemanden, als durch ihn selbst geschehen.

§. 811.

b) Sicherstellung oder Befriedigung der Gläubiger.

Für die Sicherstellung oder Befriedigung der Gläubiger des Erblassers wird vom Gerichte nicht weiter gesorgt, als sie selbst verlangen. Die Gläubiger sind aber nicht schuldig, eine Erbserklärung abzuwarten. Sie können ihre Ansprüche wider die Masse anbringen, und begehren: daß zur Vertretung derselben ein Curator bestellt werde, gegen welchen sie ihre Forderungen ausführen können.

1) Die Verlassenschaft besteht in dem Inbegriff der Rechte und Verbindlichkeiten eines Verstorbenen, in so fern sie nicht in bloß persönlichen Verhältnissen gegründet sind (§. 531). Es bleiben daher auch den Gläubigern des Erblassers ihre Rechte, welche sie zur Zeit des Todes des Erblassers auf dessen Vermögen hatten, nun nach seinem Tode auf dessen Nachlaß aufrecht. — So wenig

aber bey Lebzeiten desselben das Gericht Amtswegen für die Bewahrung der Rechte der Gläubiger besorgt war, sondern nur auf ausdrückliches Anlangen derselben das Amt handelte, so wenig hat der Gläubiger nach dem Tode des Erblassers auf eine besondere ämtliche Fürsorge für die Bewahrung seiner Rechte Anspruch. — Indessen kommen auch demselben jene Amtshandlungen des Gerichtes, die es aus anderen Rücksichten unaufgefordert vorzunehmen hat, gleichfalls zu Guten. So sichert z. B. das Gericht durch die Vornahme der Sperre das Verlassenschafts-Vermögen wenigstens in den ersten Augenblicken vor der Gefahr einer Verminderung, und die Sorgfalt für diese Sicherheit dauert wenigstens so lange, bis sich Jemand zur Verlassenschaft als Erbe gemeldet, und die Erbschaft angetreten hat. — Der Gläubiger kann nur das nähmliche Recht, welches er an den Erblasser hätte in Ausführung bringen können, wenn er noch am Leben wäre, nun gegen den Erben, und zwar je nachdem sich derselbe bedingt oder unbedingt erbserklärt hat, nur mit der Beschränkung auf das Verlassenschafts-Vermögen oder ohne dieser Beschränkung in Ausübung bringen. Hat der Gläubiger gegen den Erblasser ein Urtheil erwirkt, und ist dasselbe bereits in die Rechtskraft erwachsen, so ist er nicht mehr genöthiget, die Forderung neuerdings gegen den Erben zu liquidiren, sondern er ist berechtiget, sogleich die Execution auf die Verlassenschaftsgegenstände mittelst Pfändung, Einantwortung u. s. w. zu führen, oder die bereits zu führen begonnene Execution weiter fortzusetzen. — Nur in Ansehung der Geldstrafen, zu denen der Erblasser bereits verurtheilt war, scheint mir eine Ausnahme Platz zu greifen, und diese gegen den Erben neuerdings mit einer Klage in Anspruch genommen werden zu müssen, weil es in Ansehung der Beantwortung der Frage: ob solche Geldstrafen auch auf die Erben übergehen, theils auf die Eigenschaft der Uebertretung, wegen welcher die Strafe verhängt wurde, theils auf verschiedene factische Verhältnisse ankömmt, welche erst ins Klare gestellt werden müssen.

2) Vor der Erbserklärung wird die Verlassenschaft so betrachtet, als wenn sie noch von dem Verstorbenen besessen würde (§. 547). Daher können die Erbschaftsgläubiger auch noch vor

geschehener Erbserklärung ihre Rechte unmittelbar wider die Masse, so wie vormahls gegen den Verstorbenen, sowohl in Rücksicht des beweglichen, als des vor der Einantwortung noch immer auf den Nahmen desselben in dem öffentlichen Buche eingetragenen unbeweglichen Vermögens (§. 819) geltend machen, und zu dem Ende die Aufstellung eines Curators, der die Rechte des Verstorbenen zu vertheidigen hat, verlangen [1]). Sind die berufenen Erben dem Gerichte bekannt, so hat dasselbe in einem solchen Falle den Erben hiervon Nachricht zu geben, damit dieselben allenfalls gemeinschaftlich mit dem aufgestellten Curator den Prozeß fortführen können [2]).

§. 812.

c) Absonderung der Verlassenschaft von dem Vermögen des Erben.

Besorget ein Erbschaftsgläubiger, ein Legatar oder ein Notherbe, daß er durch Vermengung der Verlassenschaft mit dem Vermögen des Erben für seine Forderung Gefahr laufen könne; so kann er vor der Einantwortung verlangen, daß die Erbschaft von dem Vermögen des Erben abgesondert, vom Gerichte verwahrt, oder von einem Curator verwaltet, sein Anspruch darauf vorgemerkt und berichtiget werde. In einem solchen Falle hat ihm aber der Erbe, obschon dieser sich unbedingt als Erbe erklärt hätte, aus eigenem Vermögen nicht mehr zu haften.

1) Der Grund dieser gesetzlichen Anordnung ist, wie Herr Hofrath von Zeiller in seinem Commentare bemerkt, weil die Erbschaftsgläubiger, Legatare und Notherben ein Recht haben, unmittelbar aus der Verlassenschaft des Verstorbenen bezahlt zu werden, und ihnen gegen ihren Willen kein anderer Schuldner aufgedrungen werden kann. — In Ansehung der Legatare muß

1) Siehe Zeillers Commentar.
2) Hofd. vom 19. Jänner 1790; J. G. S. Nr. 1033.

ich aber bemerken, daß dieses nur in der Regel der Fall ist, indem der Erblasser Jemanden auch eine dem Erben selbst angehörige Sache, oder eine persönliche Leistung desselben legiren kann, in welchem Falle sohin der Grund des gegenwärtigen Gesetzes nicht eintritt. — Es unterliegt auch keinem Zweifel, daß das dem Legatar im gegenwärtigen §. eingeräumte Recht in den Fällen zu wirken aufhöre, wo demselben nichts aus der Verlassenschaft selbst, sondern aus dem Vermögen des Erben oder eines anderen Legatars vermacht worden ist; weil man in diesen Fällen nicht behaupten kann, daß der Legatar durch Vermengung der Verlassenschaft mit dem Vermögen des Erben für seine Forderung Gefahr laufen könne. — Ein Aehnliches scheint auch der Fall zu seyn, wenn Jemanden bestimmte Vermögensstücke legirt worden sind; — denn da der Legatar in einem solchen Falle sogleich auf die Uebergabe der Sache, und im Falle Anstände vorhanden wären, wenigstens auf die gerichtliche Verwahrung derselben dringen kann (§. 685), so würde sich eine solche Vermögens-Absonderung ganz zwecklos darstellen. — Nur in dem Falle, als der Erbe das vermachte Stück veräußert, oder durch sein Verschulden verloren hätte, und daher dem Legatar lediglich der Entschädigungs-Anspruch zustände, könnte ihm diese Absonderung gleichfalls nicht verweigert werden.

2) Es kann indessen kein Zweifel obwalten, daß der Gläubiger, Legatar oder Notherbe, wenn er diese Absonderung des Vermögens begehret, über seine Eigenschaft als Gläubiger, Legatar oder Notherbe sich legitimiren müsse. — Indessen muß es dem Ermessen der Abhandlungsbehörde überlassen werden, ob der gelieferte Ausweis ohne weiterem Einvernehmen als genügend angesehen werden könne, oder ob noch ehevor der Erbe hierüber einzuvernehmen seye. Insbesondere wird die Einvernehmung des Erben dann einzutreten haben, wenn der Gläubiger über seine Forderung keine glaubwürdige Urkunde beyzubringen vermag, oder wenn die letzte Anordnung, worin das Vermächtniß zugedacht ist, nicht die zur Gültigkeit desselben erforderlichen Eigenschaften besitzt.

3) Ist die Forderung, in Ansehung derer die Absonderung verlangt wird, ohnehin gesichert, so kann selbe nicht zugestanden werden, indem durch die gegenwärtige Anordnung lediglich die Sicherheit des Legatars, Gläubigers oder Notherben bezwecket wird. — Würde ein Pfandgläubiger ungeachtet dessen doch um Absonderung einschreiten, so hätte er, nebst Darthuung seiner Forderung, auch auszuweisen, daß ihm das Pfand keine hinreichende Sicherheit gewähre; und der Erbe kann die ihm vielleicht lästige Absonderung dadurch entfernt halten, daß er den Gläubiger oder Legatar auf andere Art sicher stellet.

4) Der Zweck der Absonderung ist lediglich, zu verhüthen, daß das Verlassenschafts-Vermögen von dem Erben zum Nachtheile der in dem gegenwärtigen §. benannten Personen nicht durch eigenmächtige Handlungen verringert, oder zur Bezahlung der eigenen Schulden des Erben verwendet werde, und sie erscheint um so räthlicher, wenn der Erbe die Erbschaft unbedingt angetreten hat, und kein eigenes Vermögen besitzt. Die Wirkung dieser Absonderung ist daher auch nach diesem Zwecke zu beurtheilen. — Ein Pfandrecht wird dadurch nicht gegründet. Zwar bedient sich das Gesetz hier des Ausdruckes „Vormerken"; allein, daß dieser Ausdruck hier nicht im Sinne der §§. 438, 445 und 453 genommen werden könne, habe ich bereits bey Erläuterung des §. 6 Nr. 8 nachzuweisen versucht [1]). Um nun die Wirkung dieser Absonderung für den Fall, als nur einige aus den im §. benannten Personen dieselbe verlangt haben, genau zu bezeichnen, müssen mehrere Fälle, und hauptsächlich der der bedingten Erbesantretung von dem der unbedingten unterschie-

1) Allerdings hat vor mir bereits Herr Professor Schuster in seinem Commentare §. 6 Nr. 6 das Nähmliche gethan; jedoch auf einer gewissermaßen ganz entgegengesetzten Seite, indem er behauptet, daß nach der grammatischen Auslegung allerdings anzunehmen wäre, der Gesetzgeber habe hier wirklich ein bedingtes Pfandrecht ertheilen wollen, und daß nur die logische Auslegung ein anders Resultat liefere. Dagegen habe ich gerade umgekehrt nachzuweisen versucht, daß nach der grammatischen Auslegung der Ausdruck »Vormerken" nicht in dem Sinne des §. 453 genommen werden könne; und man gerade durch die logische Auslegung das entgegengesetzte Resultat herausraisonniren dürfte. — Der Herr Recensent meines Commentars war also sicherlich im Irrthume, da er behauptete, — die Stelle S. 76—78 sey aus dem Commentare des Herrn Professor Schuster entlehnet.

den werden. Wird im ersteren Falle die Absonderung noch früher erwirkt, als dem Erben die Erbschaft zur eigenen Besorgung und Benützung übergeben wurde, so kommt diese Absonderung auch denjenigen, welche sie nicht verlangt haben, dergestalt zu guten, daß zwischen diesen und jenen gar kein Unterschied Platz greift. — Reicht daher die Verlassenschaft zur Zahlung aller Schulden nicht aus, so wird der Legatar, der die Absonderung erwirkt hat, nichts erhalten, während die Verlassenschafts-Gläubiger, die die Absonderung nicht verlangten, nach Verhältniß ihrer Ansprüche befriediget werden. War es ein Verlassenschafts-Gläubiger, welcher um die Absonderung ansuchte, so genießt er kein Vorrecht, — sondern muß so gut, wie die übrigen Gläubiger, sich, wenn die Verlassenschaft nicht zureicht, einen Abzug gefallen lassen. War die Verlassenschaft bereits zur Zeit des Absonderungsgesuches dem Erben zur eigenen Verwaltung und Benützung übergeben, und hatte er vor dieser bereits einen Theil davon verzehret, so könnte es scheinen, daß dieser Abfall nur denjenigen zu Schaden gehe, welche die Absonderung nicht angesucht haben. — Allein diese Meinung wäre irrig. Denn der zur Zeit der Absonderung sich bereits an der Verlassenschaft ergebene Abfall trifft alle Gläubiger, und es hat kein Gläubiger das Recht, zu verlangen, daß die Verlassenschaft von dem Vermögen des Erben zu dem Zwecke abgesondert werde, damit er vor den übrigen Gläubigern daraus seine Befriedigung erlange. — Hat dagegen der Erbe die Erbschaft unbedingt angetreten, so kömmt es darauf an, ob zur Zeit der bewilligten Absonderung das Verlassenschafts-Vermögen bereits dem Erben zur eigenen Besorgung und Benützung übergeben war oder nicht. Da in jedem solchen Absonderungsfalle natürlich ein Inventarium errichtet werden muß, so kömmt nach §. 807 auch der sich unbedingt erklärte Erbe in dem letzteren Falle in den Genuß der wohlthätigen Folgen des Inventariums, und die Absonderung hat daher hier die nähmliche Rechtswirkung, wie, wenn der Erbe die Erbschaft bedingt angetreten hätte. — Im ersteren Falle dagegen haben diejenigen, welche die Absonderung des Vermögens verlangten, allerdings vor allen übrigen Gläubigern und Legataren das Recht, vorzugsweise die Befriedigung ihrer

Ansprüche aus der abgesonderten Masse zu verlangen, und wenn sie dadurch erschöpft würde, stünde den übrigen lediglich das Recht zu, sich an dem eigenen Vermögen des Erben zahlhaft zu machen. Denn eben dadurch, weil letztere die Absonderung nicht begehrten, haben sie stillschweigend erkläret, daß sie sich mit der persönlichen Haftung des Erben begnügen.

5) Die Richtigkeit des hier Gesagten fällt um so heller in die Augen, wenn man die am Schlusse des gegenwärtigen §. angegebene widrige Rechtsfolge, die die bewirkte Absonderung für diejenigen, die sie begehrten, hervorbringt, beherziget. Es hat nähmlich der unbedingt sich erklärte Erbe denjenigen Gläubigern und Legataren, welche die Absonderung erwirkt haben, aus eigenem Vermögen nicht mehr zu haften. Derjenige, welcher die Absonderung des Vermögens begehrt, erklärt daher zugleich stillschweigend, daß er sich lediglich an das Verlassenschafts-Vermögen halten wolle, und auf das ihm durch die unbedingte Erbserklärung eingeräumte Recht, auch das eigene Vermögen des Erben zu seiner Befriedigung zu verwenden, Verzicht leiste. — Derjenige dagegen, welcher diese Absonderung nicht begehret hat, und ihr auch später nicht beygetreten ist, behält sein Recht, auch das eigene Vermögen des Erben zu seiner Befriedigung zu verwenden; ihm kann daher nebst diesem Vortheile nicht auch zugleich der Vortheil der Absonderung zu Statten kommen, und er muß dießfalls mit denjenigen Gläubigern, welche die Absonderung begehrten, ganz gleichgehalten werden.

6) Nach bewirkter Absonderung können die Gläubiger, wie Herr Hofrath v. Zeiller bemerkt, an der Verlassenschaft alle jene Sicherheitsmittel und Grade der Rechtsvollstreckung ansuchen, welche ihnen die Gerichtsordnung anbiethet. — Dieses kann sogar denjenigen Gläubigern nicht verwehret werden, welche die Absonderung nicht begehret haben; denn ob sie gleich durch die Absonderung keine neuen Rechte erlangen, können ihnen doch auch ihre früheren Rechte nicht benommen werden. — So wie also diesen Gläubigern auf diese nunmehr abgesonderten Vermögensgegenstände die nach der Gerichtsordnung zulässigen Sicherstellungsmittel und Executionsschritte vor der Absonderung zu suchen und

zu ergreifen freystand, so kann ihnen dieses auch nach der Hand nicht verweigert werden. — Die Wirkung dieser Absonderung wird daher lediglich die seyn, daß dem Erben dieses abgesonderte Vermögen nicht eher zu seiner eigenen Disposition eingeantwortet werden kann, bis er sich über die Befriedigung der darauf angewiesenen Gläubiger, Legatare und Notherben ausgewiesen hat.

7) Nach erfolgter Einantwortung kann dem Begehren um Absonderung um so weniger mehr Statt gegeben werden, als durch dieselbe die Verlassenschaft in das Eigenthum des Erben übergegangen ist, und die Gläubiger, Legatare und Notherben ihre Ansprüche gegen den Erben lediglich im ordentlichen Rechtswege austragen müssen.

§. 813.

d) Einberufung der Verlassenschaftsgläubiger.

Dem Erben oder dem aufgestellten Verlassenschafts-Curator steht es frey, zur Erforschung des Schuldenstandes die Ausfertigung eines Edictes, wodurch alle Gläubiger zur Anmeldung und Darthuung ihrer Forderungen auf eine den Umständen angemessene Zeit einberufen werden, nachzusuchen, und bis nach verstrichener Frist mit der Befriedigung der Gläubiger inne zu halten.

1) Der Schluß dieses §., noch mehr aber der Inhalt des folgenden zeiget, daß hier nur ein solcher Erbe gemeint seyn könne, welcher die Erbschaft bedingt angetreten hat. — Denn da die unbedingte Erbserklärung die Folge nach sich zieht, daß der Erbe allen Gläubigern des Erblassers, so wie den Legataren für ihre Ansprüche selbst in dem Falle haften muß, wenn die Verlassenschaft nicht hinreichet, so hat der Umstand, ob der Schuldenstand den Activstand der Verlassenschaft überwiege oder nicht, auf die Zahlungspflichtigkeit des Erben keinen Einfluß. — Es kann zwar auch dem unbedingt erklärten Erben nicht benommen werden, um die Ausfertigung eines Edictes zur Erforschung des Schuldenstan-

des Einzuschreiten; allein dieses Einschreiten kann für die Gläubiger keine nachtheiligen Wirkungen nach sich ziehen, und die Zahlungs-Verbindlichkeit des Erben nicht hemmen. — Der sich bedingt erklärte Erbe aber handelt sehr vorsichtig, wenn er um die Ausfertigung eines solchen Edictes ansuchet.

2) Einen Termin, binnen welchen die Gläubiger zur Anmeldung ihrer Forderungen vorgeladen werden müssen, hat das Gesetz nicht bestimmt. Das Gericht hat daher denselben nach dem Verhältnisse der Umstände zu bestimmen, und dabey vorzüglich zu berücksichtigen, ob mit Wahrscheinlichkeit anzunehmen sey, daß sich auch in weiterer Entfernung Gläubiger befinden. Bis nach verstrichnener Edictalfrist ist sohin der bedingt erklärte Erbe befugt, mit Befriedigung der Gläubiger inne zu halten. — Denn da er über die Kräfte des Verlassers die Gläubiger zu befriedigen nicht verbunden ist, und er vor Auslauf des Termines nicht sicher ist, daß der Schuldenstand den Vermögensstand nicht überschreiten werde, so weiß er vor Ablauf der Frist auch nicht, ob er verpflichtet sey, die sich gemeldeten Gläubiger mit ihrer ganzen Forderung zu befriedigen. — Ist er aber nicht verbunden, seine Gläubiger vor Auslauf dieses Termines zu bezahlen, so kann es auch nicht angehen, daß ein Gläubiger vor Auslauf dieser Frist die Execution auf Verlassenschaftsgüter führe, weil die Execution die Zahlungsverbindlichkeit des Executen voraussetzt. — Nur in dem Falle, als Jemanden wegen seiner Forderung bereits im Pfandrecht auf eine oder die andere in der Verlassenschaft sich befindliche Sache zustünde, scheint demselben das Recht nicht benommen werden zu können, auch während des Laufes der Edictalfrist die Befriedigung aus der verpfändeten Sache zu verlangen, weil er bereits dadurch einen Vorrang vor den übrigen Gläubigern erhalten hat, und der gegenwärtige §. die Verfolgung dinglicher Rechte nicht ausschließt.

3) Ist die Edictal-Frist abgelaufen, dann erst kann der sich bedingt erklärte Erbe (oder der für die Masse aufgestellte Curator §. 811) mit Zuverlässigkeit beurtheilen, ob die Verlassenschaft zur Befriedigung aller Gläubiger, und nach ihnen zur Befriedi-

gung der Vermächtnißnehmer zureiche oder nicht, und in welchem Betrage im letzteren Falle die Zahlung zu leisten sey.

4) Würde sich nach Ablauf des Edictal-Termines zeigen, daß die angemeldeten Forderungen den Vermögensstand übersteigen, und wollte sich der eine oder andere Gläubiger mit dem von Seite des Erben ausgemittelten Betrage nicht zufrieden stellen, so würde dem letzteren nichts anders erübrigen, als um die Eröffnung des Concurses über das Verlassenschafts-Vermögen einzuschreiten.

§. 814.

Wirkung der Einberufung.

Die Wirkung dieser gerichtlichen Einberufung ist, daß den Gläubigern, welche sich binnen der bestimmten Zeitfrist nicht gemeldet haben, an die Verlassenschaft, wenn sie durch die Bezahlung der angemeldeten Forderung erschöpft worden ist, kein weiterer Anspruch zustehet, als in so fern ihnen ein Pfandrecht gebühret.

1) Rechte und Forderungen erlöschen erst nach Verlauf der vom Gesetze bestimmten Verjährungszeit (§. 1451). Darum wird, wie von Zeiller bemerkt, der Einberufung der Gläubiger die Wirkung nicht beygelegt, daß durch Verabsäumung der Frist die Forderung gänzlich verwirkt seyn soll. — Damit jedoch die wachsamen Gläubiger von den sorglosen in der Erlangung ihrer Rechte nicht gehemmt werden, verordnet das Gesetz, daß die vorhandene Verlassenschaft, zu deren Vertheilung die Einberufung geschah, nach Verlauf der Einberufungsfrist vertheilt werden soll [1]).

2) Die Verabsäumung des festgesetzten Termines hat jedoch nur die Folge, daß der Erbe mit Sicherheit zur Bezahlung der Gläubiger schreiten könne. Meldet sich daher erst nach Ablauf des Termines, jedoch nach früher, als der Erbe eine Zahlung geleistet hat, ein neuer Gläubiger, so bleiben ihm seine Rechte

1) Siehe Zeillers Commentar Nr. 1.

vorbehalten, und der Erbe ist nicht berechtigt, die während des Edictal-Termins sich gemeldeten Gläubiger zu befriedigen, und den später sich gemeldeten Gläubiger zu zwingen, sich mit dem allfälligen Reste der Verlassenschaft zu begnügen. Denn der gegenwärtige §. benimmt dem sich später meldenden Gläubiger nur in dem Falle das Recht, gleich den anderen Gläubigern seine Befriedigung zu verlangen, wenn die Verlassenschaft bereits durch die Bezahlung der angemeldeten Forderungen erschöpft worden ist; woraus folgt, daß vor geleisteter Zahlung sein Anspruch ganz aufrecht bestehe. — Wären bereits einige aus den Gläubigern, jedoch nicht alle befriedigt, so könnten die sich binnen des Edictal-Termins gemeldeten, jedoch noch nicht befriedigten Gläubiger nur jenen Betrag in Anspruch nehmen, der nach einer gleichmäßigen Repartition unter alle mit ihnen im gleichen Range stehenden Gläubigern entfiele, und die später gemeldeten Gläubiger müßten sich dann mit dem Ueberreste begnügen. — Ein Beyspiel soll diese Behauptung anschaulich machen. — Setzen wir: es betrage die Verlassenschaft 10,000 fl. — Es melden sich vor Ablauf des Edictal-Termins acht Gläubiger, wovon jeder eine Forderung von 1000 fl. zu stellen hat. Vier davon wurden bereits befriedigt, als der neunte Gläubiger erscheint, und eine Forderung von 4000 fl. liquidirt. Wäre nun kein Gläubiger noch bezahlt worden, so würde jeder der acht Gläubiger 833 fl. 20 kr., und der neunte Gläubiger 3333 fl. 20 kr. erhalten. — Aus dem oben Bemerkten ist es zweifelsfrey, daß die sich in gehöriger Zeit gemeldeten, noch nicht befriedigten Gläubiger sich mit der Zahlung von 833 fl. 20 kr. begnügen müssen, da sie in dem Falle, als noch kein Gläubiger eine Zahlung erhalten hätte, auch nicht mehr bekommen würden, und ihnen der Umstand der früheren Befriedigung der anderen vier Gläubiger doch keinen Anspruch geben kann, dem später gemeldeten den gleichen Betrag zu entziehen. Sie können aber auch nicht verhalten werden, an ihrer Forderung einen Abzug zu leiden, indem der Mehrbetrag, welchen die bereits früher befriedigten Gläubiger erhalten haben, nach dem Sinne des gegenwärtigen §. nur dem sich später gemeldeten Gläubiger zum Nachtheile gereichen kann.

3) Ein Pfandgläubiger, welcher bereits ein dingliches Recht wegen seiner Forderung an irgend einen Gegenstand der Verlassenschaft erworben hat, kann wegen Verabsäumung des Termines seines dinglichen Rechts nicht verlustig werden. — Es bleibt ihm daher immer vorbehalten, seine Befriedigung aus dem Pfande zu erhohlen. Ein weiterer Anspruch, als aus dem Pfandrechte hervorgehet, stehet ihm aber gleichfalls nicht zu. Hat sich daher der Pfandgläubiger binnen des festgesetzten Termins nicht gemeldet, und das Pfand reicht zu seiner gänzlichen Befriedigung nicht zu, so steht ihm an die übrige Verlassenschaft, wenn sie durch die Bezahlung der angemeldeten Forderungen erschöpft worden ist, kein Anspruch mehr zu.

§. 815.

Wirkung der Unterlassung der Einberufung.

Unterläßt der Erbe die ihm bewilligte Vorsicht der gerichtlichen Einberufung, oder befriedigt er sogleich einige der sich anmeldenden Gläubiger, ohne auf die Rechte der übrigen Rücksicht zu nehmen, und bleiben einige Gläubiger aus Unzulänglichkeit der Verlassenschaft unbezahlt; so haftet er ihnen ungeachtet der bedingten Erbeserklärung mit seinem ganzen Vermögen in dem Maße, als sie die Zahlung erhalten haben würden, wenn die Verlassenschaft nach der gesetzlichen Ordnung zur Befriedigung der Gläubiger verwendet worden wäre.

1) Diese Verbindlichkeit entspringt, wie von Zeiller bemerkt, aus dem Verschulden des Erben (§. 1295), der, wenn ihm auch die Verlassenschaft anvertraut worden ist (§. 810), selbe doch zu dem rechtlichen Zwecke hätte verwenden sollen, wozu ihm das Gesetz ein leichtes Mittel anbiethet (813). Da die gegenwärtige Anordnung aus den Grundsätzen fließet, welche bey der Lehre vom Schadenersatze aufgestellt worden, so ist selbe nicht auf

den Erben allein einzuschränken, sondern auch auf den Verlassenschaftscurator auszudehnen, welcher mit Vernachlässigung des ihm durch den §. 813 angebothenen Vorsichtsmittels unvorsichtiger Weise Zahlungen geleistet hat.

2) Der Erbe oder Verlassenschafts-Curator ist selbst in dem Falle den unbefriedigt gebliebenen Gläubigern verantwortlich, wenn er das Ansuchen um gerichtliche Einberufung unterlassen hat, und einige Gläubiger ihre Forderungen im Executionswege eingetrieben haben. — Denn hätte er um die gerichtliche Einberufung angesucht, so hätte er bis nach Auslauf des Termines die gerichtlichen Executionsschritte hintan halten können, und die Gläubiger, die sich binnen der anberaumten Frist nicht gemeldet hätten, hätten sich es dann selbst zuschreiben müssen, wenn zu ihrem Nachtheile einige Gläubiger mit ihren Forderungen befriedigt worden wären.

§. 816.

Ausweisung über die Erfüllung des letzten Willens, entweder von dem Testaments-Executor;

Hat der Erblasser einen Vollzieher (Executor) seines letzten Willens ernannt, so hängt es von dessen Willkühr ab, dieses Geschäft auf sich zu nehmen. Hat er es übernommen, so ist er schuldig, entweder als ein Machthaber die Anordnungen des Erblassers selbst zu vollziehen, oder den saumseligen Erben zur Vollziehung derselben zu betreiben.

1) Eigentlich liegt dem Erben ob, die in dem letzten Willen getroffenen Anordnungen zu vollziehen, und es wird ihm die Erbschaft nicht eher eingeantwortet, bis er sich nicht über die Vollziehung derselben ausgewiesen hat (§. 817). Allein der Erblasser kann sich theils zur besonderen Auszeichnung einer bestimmten Person, oder weil der Erbe in Geschäften unerfahren ist, veranlaßt finden, einen eigenen Vollzieher des letzten Willens zu ernennen, welcher nach erklärter Annahme als ein Machtha-

der nach den in dem Hauptstücke von der Bevollmächtigung gegebenen Vorschriften zu betrachten ist.

2) Es kann Niemand gezwungen werden, das Geschäft eines Testament-Executors zu übernehmen. Darum pflegen die Abhandlungsbehörden in einem solchen Falle vor Ausfertigung des Decretes, worin dem Ernannten dieses Geschäft aufgetragen wird, von demselben vorerst die Erklärung abzufordern, ob er sich demselben unterziehen wolle. Hat er sich aber erklärt, sich dem übertragenen Geschäfte unterziehen zu wollen, so kömmt es darauf an, ob der Erblasser denselben nur überhaupt zum Vollzieher ernannt, oder ihm bestimmte Geschäfte aufgetragen habe. Im erstern Falle ist er nicht verpflichtet sich unmittelbar mit der Vollziehung der letztwilligen Anordnungen zu beschäftigen, sondern seine Verpflichtung geht nur dahin, darüber zu wachen, daß die Anordnungen des Erblassers vollzogen werden. Will er sich aber der Vollziehung persönlich unterziehen, so kann ihm dieses nicht benommen werden. Für keinen Fall ist mit dem Amte eines Testaments-Executors, wenn der Erblasser keine ausdrückliche Anordnung dießfalls getroffen hat, auch die Verwaltung der Nachlasses verbunden.

3) Die Ernennung eines Testaments-Executors erfordert eben so wenig, wie die eines Vormundes (§. 196), die Beobachtung der für Testamente erforderlichen Förmlichkeiten, wenn selbe nicht, was ohnehin gewöhnlich der Fall ist, einen Theil des Testamentes selbst ausmacht. Sie kann also auf jede Art geschehen, sobald nur die Gewißheit des Willens außer Zweifel ist. — Es wird zwar nach dem Zwecke, den der Testator mit der Ernennung eines solchen Testaments-Executors verbindet, gewöhnlich nur eine Mannsperson dazu ernennet werden, — doch sind Weibspersonen vom Gesetze nicht ausgeschlossen. Auch solche Personen, welche unfähig sind, ihre eigenen Angelegenheiten zu besorgen, können als Testaments-Executoren ernannt werden, und es ist sich in dieser Hinsicht ganz an dasjenige zu halten, was §. 1018 von einem Bevollmächtigten gesagt werden wird.

4) Das preußische Landrecht verordnet [1]), daß, wenn über den Sinn einer Verordnung des Erblassers zwischen dem Testaments-Vollzieher und den Erben gestritten wird, im zweifelhaften Falle der Meinung des ersteren der Vorzug gebühre. — Würde sich bey uns in Oesterreich ein solcher Fall ergeben, so wird es vorzüglich auf den Zweck der Verordnung ankommen. Besteht derselbe in einer Begünstigung einer bestimmten dritten Person, so wird es lediglich von deren Willens-Meinung abhangen, ob sich dieselbe mit der Ansicht des Erben zufrieden stelle. Im bejahenden Falle wird die Ansicht des Testaments-Executors unwirksam; im verneinenden wäre die Frage im ordentlichen Rechtswege zwischen dem Erben und der begünstigten Person auszutragen. — Ist aber der Zweck der Verordnung ein anderer, wie wenn es sich z. B. um die Art des Begräbnisses, Errichtung eines Monumentes, oder die willkührliche Vertheilung des einer gewissen Classe von Personen zugedachten Vermächtnisses u. s. w. handelt, so scheint, nach dem Geiste des österreichischen Gesetzes, der Ansicht des Testaments-Executors der Vorzug von der des Erben gegeben werden zu müssen, eben deßhalb, weil ihm, und nicht dem Erben, die Vollziehung des Testamentes anvertraut worden ist. Indessen wird hier immer ein zweifelhafter Fall vorausgesetzt; ob aber ein solcher zweifelhafter Fall vorhanden sey, hat die Abhandlungsbehörde zu beurtheilen.

5) Bey dieser Gelegenheit kann die Frage aufgeworfen werden, ob dann, wenn der Erblasser ausdrücklich angeordnet hätte, daß im Falle eines über den eigentlichen Sinn seines letzten Willens entstehenden Zweifels der ernannte Executor des Testamentes, oder ein anderer bestimmter Dritter das Recht haben sollte, denselben auszulegen, sich auch darnach benommen werden müßte? — Ich glaube, daß man auch hier unterscheiden müsse, ob die Auslegung des Testamentes auf die Rechte dritter Personen Einfluß hat, oder der Gegenstand der Auslegung anderweitige Verfügungen des Erblassers betreffe. — Im ersteren Falle scheint dieser Anordnung des Testators keine Folge gegeben werden zu können. Denn durch den Tod des Erblassers sind den

1) Erster Theil 12 Tit. §. 561.

Interessenten die in dem Testamente zugedachten Rechte erwachsen, und es können dieselben nicht der Gefahr ausgesetzt werden, durch die willkührliche Deutung des Erben, Testaments-Executors oder eines Dritten in ihren Rechten verletzet zu werden. — Ein solcher Ausleger wäre im Grunde nichts anders, als ein Schiedsrichter; diesen können aber die interessirten Parteyen selbst, keineswegs der Erblasser ernennen. Sind aber die Verfügungen, um deren Auslegung es sich handelt, von der Art, daß sie die Rechte der Parteyen nicht berühren, sondern nur das eigene Interesse des Testators betreffen, z. B. es handelt sich um die Errichtung eines Monumentes, dann unterliegt es keinem Anstande, der Auslegung desjenigen, der von dem Erblasser hierzu bevollmächtigt worden ist, Folge zu geben.

§. 817.

Von dem Erben.

Ist kein Vollzieher des letzten Willens ernannt; oder unterzieht sich der ernannte dem Geschäfte nicht; so liegt dem Erben unmittelbar ob, den Willen des Erblasses so viel möglich zu erfüllen, oder die Erfüllung sicher zu stellen, und sich gegen das Gericht darüber auszuweisen. In Ansehung bestimmter Legatare hat er bloß darzuthun, daß er denselben von dem ihnen zugefallenen Vermächtnisse Nachricht gegeben habe (§. 688).

1) Diese Pflichten ergeben sich aus dem Begriffe und der Bestimmung des Erben (§§. 548 u. 649). Insbesondere muß, wie v. Zeiller bemerkt, der Erbe auch wachen, daß von den Vermächtnißnehmern die ihnen ertheilten Aufträge oder auferlegten Bedingungen erfüllt werden; besonders, wenn außerdem die Rechte anderer Legatare gefährdet würden (§§. 649 u. 692).

2) Für die Sicherstellung und die wirkliche Erlangung der Legate haben die Legatare, so wie die Gläubiger oder ihre Vertreter selbst zu sorgen (§. 811); der Erbe hat lediglich die Verpflichtung, sie von ihrem Rechte zu benachrichtigen. —

Wären die Legatare unbekannten Aufenthaltes, so müßte der Erbe um Aufstellung eines Curators für dieselben ansuchen, und zugleich durch die Zeitungsblätter die öffentliche Kundmachung der ihnen angefallenen Vermächtnisse erwirken. — Die bloße gerichtliche Hinterlegung der Vermächtnisse ohne Aufstellung eines Curators und Kundmachung durch die Zeitungsblätter würde nicht genügen. — Ist der Sinn der letzten Anordnung, worin ein Vermächtniß hinterlassen wird, zweifelhaft, dergestallt, daß mit Zuverlässigkeit daraus nicht entnommen werden kann, ob diese oder jene Person gemeint sey, so ist allen jenen Personen hiervon Nachricht zu geben, welche aus der letzten Anordnung ein Recht für sich erblicken könnten.

§. 818.

Was der Erbe, ehe er zum Besitze der Erbschaft gelangen kann, an Abgaben zu entrichten, und im Falle, daß sein Erblasser gegen das Staats-Aerarium in Verrechnung gestanden ist, hierwegen auszuweisen habe, darüber enthalten die politischen Verordnungen die besondere Vorschrift.

1) Die Gebühren, welche zufolge der politischen Verordnungen von jeder Erbschaft entrichtet werden müssen, sind folgende:

A. Das Mortuar (Sterbtaxe, Todtenpfundgeld, Sterblehen, Todfallsfreygeld) ist eine Verlassenschafts-Abgabe, welche an die Verlassenschafts-Abhandlungsbehörden für die Abhandlung der Verlassenschaften entrichtet werden muß. — Das Object desselben ist der Werth des beweglichen und unbeweglichen Vermögens des Erblassers, und wird in der Regel nur von der reinen Verlassenschaft, d. i. nur nach Abzug der darauf haftenden Passiven bezogen. Es besteht immer in einem bestimmten Theile des demselben unterliegenden Vermögens, welcher jedoch nach Verschiedenheit, ob die Abhandlungsbehörde ein Landrecht, Magistrat, Dominium u. s. w., und ob dieselbe in dieser oder jener Provinz gelegen ist, ebenfalls un-

gleich ist. — Mit Hofdecret vom 5. October 1787 [1]) wurde dasselbe auch bey jenen Landrechten eingeführt, bey denen es früher nicht bestanden hat, und zwar in der Art, daß es von Realitäten mit Ein Perzent, von dem Mobilar-Vermögen aber mit 1 Kreuzer vom Gulden aufgerechnet, und in dem Taxfond abgenommen werden soll. — — Vor der Einantwortung der Erbschaft hat daher der Erbe den Vermögens- oder Mortuars-Ausweis, d. i. ein gehörig verfaßtes, mit seiner Unterschrift versehenes Verzeichniß der Activen und Passiven einer Verlassenschaft zur Bestimmung des Mortuars zu überreichen, wornach sohin diese Gebühr von der Abhandlungs-Instanz, oder dem eigens bestehenden Taxamte bemessen und dem Erben zur Entrichtung derselben zugefertigt wird.

B. Die Erbsteuer, welche der Regel nach mit zehn von Hundert des reinen Vermögens zu entrichten ist. — Das neueste Erbsteuerpatent ist jenes vom 15. October 1810, welches vom 9. November 1816, als dem Tage seiner Kundmachung, volle verbindliche Kraft hat, nach welchem also seit dieser Zeit alle Erbsteuerfälle behandelt und bemessen werden müssen. — Doch ist diese eine Abgabe, welche nicht so, wie das Mortuar vor jedem Verlasse zu entrichten ist, sondern nur in folgenden Fällen:

a) Wenn die Erben weder Ascendenten noch Descendenten des Erblassers sind, und ihnen eine Erbschaft zufällt, deren reiner Betrag für einen der Erben die Summe von 100 fl. übersteigt.

b) Wenn Jemanden, der weder ein Ascendent, noch Descendent des Erblassers ist, ein Legat [2]) vermacht, oder ein Geschenk von Todeswegen gemacht wird, bey welchen der Legatar nach Abzug der Sterbtaxe und anderen Gebühren volle 100 fl., und wenn es jährliche Legate sind, volle 50 fl. erhält. Hierbey bestimmt der Nominalbetrag der Erbschaft die Steuerfreyheit, daher müssen die Beträge der

1) J. G. S. Nr. 911.

2) Welche Legate von der Erbsteuer befreyt seyen, siehe obiges Erbsteuerpatent §. 24.

verschiedenen Währungen zu diesem Zwecke zusammen addirt werden.

In Ansehung der Erbsteuer kommen einige Posten unter dem Nahmen der Excessionsposten vor, worunter man alle jene Posten versteht, welche die Gesetze, ohne Rücksicht auf die Person, schon an und für sich von der Erbsteuer lossprechen. Sie sind folgende: 1) Das sogenannte ungarische Vermögen, d. h. jenes Vermögen, welches bey der Abhandlung hierorts als ungarisches angesehen und zur hierortigen Abhandlungspflege gar nicht gezogen wird. 2) Alle Einlagen in inländische öffentliche Lotterien und die dießfälligen Loose, worunter auch die Banko-Lotto-Obligationen gehören [1]). 3) Alle in- und ausländischen Kuxe oder Bergwerks-Antheile, und alles, was zum Bergwerks-Vermögen gehöret. 4) Die bey einer Verlassenschaft vorhandene Hauseinrichtung; das Wirthschafts-, Keller-, Stall- und Küchengeräthe; Wäsche und Kleidungsstücke; Pferde und Wägen, in so fern dieses Alles bloß zum eigenen Gebrauche und nicht zum Handel oder Gewerbsbetrieb bestimmt war. 5) Bilder, Bücher und Kupferstiche, in so fern sie den Werth von 100 fl. WW. nicht übersteigen. 6) Das Fideicommiß- oder Majorats-Silber, Gold und Geschmeide. 7) Der Vorrath bey einer Landwirthschaft an Wein, Körnern, Schlachtvieh und anderen Lebensmitteln, jedoch nur in dem Betrage, den der in die Landwirthschaft eintretende Erbe zur Bestellung der Landwirthschaft und zum Bedarfe seines Hauses für Ein Jahr nach dem Ermessen der Abhandlungsstelle nöthig hat. 8) Die Barschaft und Feldequipage eines im Kriege bey der Armee verstorbenen Officiers, dann die von ihm erlegte Heirathscaution [2]).

In den Erbsteuer-Ausweisungen sind von dem Verlassenschafts-Vermögen abzuziehen: 1) Alle Schulden des Verstorbenen; somit auch alle aus Contracten entspringende Verlassenschaftslasten, worunter auch das Heirathsgut, die Widerlage, die Witwengehalte, und der dem einen oder anderen Ehegatten

1) Hofkanzl. Dec. vom 2. May 1816.
2) Erbsteuer Patent §§. 22—28.

zugedachte Fruchtgenuß gehören. Eben so ist bey bestehenden Gütergemeinschaften dasjenige, was dem überlebenden Ehegatten jure acquaestus zukömmt, von dem der Erbsteuer unterliegenden Vermögen auszuscheiden [1]). 2) Die uneinbringlichen sowohl als zweifelhaften Activposten [2]). 3) Die Krankheits- und Begräbnißkosten des Erblassers, jedoch mit Ausschluß der Trauerkosten. 4) Die Sterbetaxe und übrigen Gerichtskosten, jedoch mit Ausschluß des Abfahrtsgeldes.

Die Erbsteuer ist, wie bereits oben bemerkt worden, in der Regel mit 10 pCt. von dem nach Abzug der erbsteuerfreyen Posten erübrigenden Verlassenschaftsreste zu entrichten. Ausnahmen hiervon sind: a) in jenen Fällen, wo Sterbtaxe und andere Gebühren bereits mit 5 pCt. aufgerechnet worden, beträgt die Erbsteuer nur 5 pCt.; b) wenn die Entrichtung der Erbsteuer mit dem Abfahrtsgelde zusammentrifft, ist die erste immer zu 5 pCt. aufzurechnen; c) bey der Nachfolge in bereits bestehende Seniorate ist die Erbsteuer mit 5 pCt., und zwar in dreyjährigen Raten, zu zahlen.

Sind in einer Verlassenschaft zugleich Gold- und Silbermünzen, Einlösungsscheine und Staatspapiere vorhanden, so ist der zehnte und respect. der zwanzigste Theil von der vorhandenen klingenden Münze sowohl, als den Einlösungsscheinen, dann in der Regel auch von jeder Gattung der vorfindigen öffentlichen Obligationen abzuführen; oder wenn dieses bey den letzten wegen ihrer Untheilbarkeit nicht möglich ist, die Erbsteuer nach dem Course zu berichtigen, den die Obligationen dieser Art auf der Wiener Börse, bey Renturkunden des Monte des lombardisch-venetianischen Königreiches auf der Mailänder Börse zu jener Zeit hatten, wo die Schuldigkeit der Erbsteuer-Entrichtung ein-

1) O. P. §§. 9 und 10. Bey dem unterthänigen Bauernvolke ist das ganze Vermögen, das dem überlebenden Theile kraft des Heirathsbriefes zufällt (somit das, was er jure acquaestus und titulo haereditatis erhält), erbsteuerfrey.

2) In Ansehung dieser Posten sind jedoch die Documente zur Abhandlungsstelle zu erlegen, und auf dieselben ist die für den Fall der Einbringlichkeit zu entrichtende Erbsteuer (so wie die Sterbtaxe) vorzumerken. Auch kann die in der Provinz bestehende Erbsteuer-Hofcommission den Erbsteuerbetrag auf einem gleich zu erlegenden Pauschbetrag vergleichen (O. P. §. 52).

tratt, d. i. am Todestage des Erblassers. — Die ständischen Aerarial- und Domestikal-Obligationen dürfen zum Behufe der davon zu entrichtenden Erbsteuer nur bis zu dem Betrage von 25 fl. um- und auseinander geschrieben werden; die unter 25 fl. von dergleichen Obligationen zu entrichtenden Erbsteuerbeträge müssen aber gleichfalls nach dem Course, welchen diese Obligationen an dem Todestage des Erblassers hatten, entrichtet werden. — In Rücksicht der von den Bankactien zu entrichtenden Erbsteuer gilt der Grundsatz, daß, wenn der davon zu entrichtende Erbsteuerbetrag nicht einer Bankactie gleichkömmt, derselbe ebenfalls coursmäßig nach dem Todestage des Erblassers zu berechnen ist. — Uebrigens ist es den erbsteuerpflichtigen Parteyen auch gestattet, selbst größere Erbsteuerbeträge von öffentlichen Creditspapieren oder Bankactien, deren Berichtigung in derselben Gattung von Creditspapieren möglich wäre, nach dem Course, den diese Creditspapiere am Todestage des Erblassers hatten, in Conventionsmünze zu berichtigen; jedoch muß in diesem Falle die Partey den zur Zeit des Todestages des Erblassers bestandenen börsemäßigen Cours der dießfälligen Creditspapiere documentirt nachweisen. — Bey Privatforderungen ist die Erbsteuer in jener Valuta abzunehmen, in welcher das Capital angelegt, und die Zurückzahlung bedungen worden ist. Ausländische, hierlandes nicht im gesetzlichen Umlaufe befindliche Münzen oder Staatspapiere sind Pretiosen gleich zu halten, welche so, wie alles Mobilar-Vermögen überhaupt, nach deren Schätzungswerthe versteuert werden. — Bey den in der Verlassenschaft befindlichen unbeweglichen fruchtbringenden Realitäten ist der, nach Abschlag aller ordentlichen und außerordentlichen Abgaben, überbleibende reine Ertrag zu 5 pCt. in Capital anzuschlagen, und nach diesem Capitalswerthe die Erbsteuer zu bemessen.

Von dem Vermögen, das sogleich flüssig ist, d. h. dem Erben oder Vermächtnißnehmer sogleich zufällt, ist die Erbsteuer gleich zu entrichten, von jenem Vermögen hingegen, welches nicht flüssig, sondern an dessen Gebrauch der Erbe oder Vermächtnißnehmer derzeit gehindert ist, kommt die Erbsteuer,

wenn sie der Erbe nicht sogleich abführen will, einstweilen sicher zu stellen, bis der Fall des freyen Bezuges der Erbschaft oder des Legates eintritt. — Die Erbsteuer von Annuall-Legaten kann der Erbe auf zweyfache Weise nach seiner Willkühr berichtigen, er kann nähmlich a) die Erbsteuer alle Jahre durch den Legatar von seinem jährlichen Legate zahlen lassen, und bey Erlöschung desselben von dem Capitale, das zur Sicherstellung des jährlichen Legates bestimmt ist, entrichten; in welchem Falle zugleich darauf zu sehen ist, daß auf dem erlegten Sicherstellungs-Capitale die jährlich zu entrichtende Erbsteuer, so wie die Total-Erbsteuer, vorgemerkt werde; b) oder er kann die Erbsteuer sogleich von dem Sicherstellungs-Capitale des Legati annui bezahlen, in welchem Falle es keiner ferneren Erbsteuer-Vormerkung bedarf, wohl aber der Erbe berechtiget ist, von den jährlichen Legaten die Erbsteuer abzuziehen, und zu seiner Entschädigung zurückzuhalten.

Um nun denjenigen Erbsteuerbetrag nummerisch zu bestimmen, den der Erbe oder Legatar für seine Person zu entrichten und welchen er einstweilen nur sicher zu stellen hat, ist es des Erben Pflicht, den Erbsteuer-Ausweis zu verfassen, hiervon zwey gleichlautende Exemplare einzulegen, beyde eigenhändig mit Beysetzung seines Wohnortes zu fertigen und mit Beydrückung seines Siegels zu bekräftigen. Kann der Erbe nicht schreiben, so hat er wenigstens sein Handzeichen darunter zu setzen, sein Siegel beyzudrücken, und noch zwey Zeugen, deren einer den Nahmen des Unterfertigers unterschreiben muß, zur Mitfertigung zu erbitten.

Die Abhandlungs-Behörde hat sodann den Erbsteuer-Ausweis genau zu untersuchen und zu sehen, ob er richtig verfaßt sey, die Erben hierüber nach Umständen zu vernehmen und zur Abänderung anzuweisen, sodann ein Exemplar der Erbsteuer-Consignation bey den Abhandlungsacten aufzubewahren, das Duplicat aber an die Erbsteuer-Hofcommission (eigentlich Gubernium oder Regierung) einzuliefern und zugleich zu bemerken, ob der Ausweis richtig befunden wurde, oder welche Anstände noch obwalten, und es sind die Instrumente, die zu diesem Anstande

Anlaß gaben, oder woraus er wieder gehoben werden kann, beyzufügen; andere im Erbsteuer-Ausweise aufgeführte Urkunden sind bey ordentlich besetzten Gerichtsstellen eben nicht mit einzubegleiten, wohl aber, wenn sie gefordert werden, jederzeit nachzutragen.

Ueber die eingeschickte Erbsteuer-Consignation bestimmt nun die Erbsteuer-Hofcommission von Fall zu Fall die Erbsteuer, und intimirt sie den Erben durch Decrete, in welchen zugleich ein vierwöchentlicher Zahlungs-Termin bestimmt ist, nach dessen Verlauf 10 pCt. Strafzinsen eintreten. Uebrigens kann dieser Zahlungstermin auch auf Ansuchen bey der Erbsteuer-Hofcommission aus billigen Ursachen verlängert und gegen Leistung hinlänglicher Sicherheit in Raten (die sich nicht über zwey Jahre erstrecken sollen) abgetheilet werden; jedoch werden bey diesen Zahlungsfristen im ersten Jahre fünf, im zweyten Jahre sechs pCt. Interessen aufgerechnet.

Glaubt eine Partey durch den von der Erbsteuer-Hofcommission bemessenen Erbsteuerbetrag beschwert zu seyn, so steht derselben frey, der Erbsteuer-Hofcommission binnen vierzehn Tagen von Zeit des zugestellten Decretes (widrigens sie nicht mehr gehört würde) eine Vorstellung darüber zu machen, und nach Umständen entweder die Verminderung der ausgemessenen Gebühr, oder die gänzliche Befreyung anzusuchen. — Würde hierüber keine, oder abermahls eine den Bittsteller beschwerend scheinende Abänderung des Erbsteuerbetrages erfolgen; so ist der weitere Recurs binnen vierzehn Tagen, vom Tage der zugekommenen neuen Veranlassung, so gewiß an die böhmisch-österreichische Hofkanzley zu ergreifen, widrigens derselbe nicht mehr angenommen werden würde; jedoch muß auch dieser Recurs bey der Erbsteuer-Hofcommission eingereicht werden, welche ihn sodann sammt ihren Erinnerungen an die böhmisch-österreichische Hofkanzley einbegleitet. Der sohin höchsten Ortes bestimmte Erbsteuerbetrag ist unverweigerlich abzuführen. — In Fällen, wo die Erbsteuerbemessung mit der Entscheidung streitiger Privatrechte auf den Nachlaß im Zusammenhange steht, ist sich auf folgende Weise zu benehmen:

a. In dem Falle, wo der Besitzer des Nachlasses (der Erbe) behauptet, daß dasjenige, was ihm als ein der Erbsteuer unterliegendes Gut angerechnet wurde, aus anderen Rechtstiteln, z. B. jure crediti schon sein Eigenthum sey, hat der Fiscus gegen die zum Nachlasse berufene Partey, auf Verlangen der Erbsteuer-Hofcommission, zur Vertretung des Steuergefälles im Rechtswege einzuschreiten.

b. In dem Falle aber, wo schon bey Vorlegung der Erbsteuer-Ausweise, oder bey Hinausgabe der Steuerbemessung von einem Dritten gegen den Besitzer des Nachlasses (den Erben) behauptet wird, daß das zur Steuerbelegung angetragene Vermögen ganz oder zum Theile ihm aus einem Rechtstitel gebühre, welcher, wenn er rechtlich erwiesen, dasselbe von der Erbsteuer befreyen würde, sind die Parteyen, falls der Streit zwischen ihnen obwaltet, anzuweisen, ihr Recht vor dem ordentlichen Richter auszutragen; zugleich hat dann die Erbsteuer-Hofcommission die Einhebung der Steuer von dem noch zweifelhaften Theile des Vermögens zu sistiren, jedoch dafür zu sorgen, daß der allenfalls nach dem Ende des Rechtsstreites zu entrichtende Steuerbetrag sichergestellt werde. — Ueber die rechtlichen Folgen eines Verschuldens, welches nicht dem zur Bezahlung der Erbsteuer Verpflichteten, sondern einer dritten Person zur Last gelegt wird, haben nicht die Erbsteuer-Hofcommissionen, sondern die Gerichte zu entscheiden.

Für die richtige Bezahlung der Erbsteuer hat der Erbe, und zwar nicht nur in Ansehung desjenigen Vermögens, das ihm verbleibt, sondern auch der Legate, zu haften; jedoch kann er den Legataren (in so fern es der Erblasser nicht verbothen hat) die sie treffenden Erbsteuerbeträge abziehen. Deßwegen sind auch die Erbschaften den Erben nicht eher einzuantworten, bis sie das Erbsteuerdecret und die Quittung über die berichtigte Erbsteuer beygebracht, oder wenigstens die Sicherstellung nach Umständen ausgewiesen haben. — Damit aber die Abhandlungsbehörden durch die Recurse und Gnadengesuche in Erbsteuer-Sachen nicht ohne Noth zu lange gehindert werden, die Einantwortung der Erbschaften vorzunehmen, wurde der Erbsteuer-Hofcommission

aufgetragen, in jenen Fällen, wo der ausgemessene Erbsteuerbetrag von den Erben nicht auf der Stelle entrichtet wird, sondern sich noch darüber Recurse oder Gnadengesuche ergeben, den Erben auf ihr Ansuchen auch die einstweilige Sicherstellung des Erbsteuerbetrages durch Depositirung oder auf andere Weise nicht zu verweigern, und der Abhandlungsbehörde die getroffene Verfügung bekannt zu machen.

C. Das Abfahrtsgeld. Dieses ist eine Abgabe, welche von dem Vermögen, das in das Ausland, oder nach Umständen auch nach Ungarn und Siebenbürgen sammt den damit vereinigten Provinzen gezogen wird, entrichtet werden muß. — Es ist entweder ein grundherrliches, bürgerliches oder landesfürstliches. Das grundherrliche Abfahrtsgeld ist jenes, welches von einem unterthänigen, d. h. einem solchen Vermögen, welches entweder einem herrschaftlichen Unterthan zugehört, oder seiner Eigenschaft nach einer Grundobrigkeit als unterthäniges Gut, bezogen, und an die Grundobrigkeit; das bürgerliche jenes, was vom einem bürgerlichen, d. i. solchem Vermögen, welches entweder einem Bürger (Gewerbsmanne) angehört, oder als eine bürgerliche Realität, als ein bürgerliches Gewerbe, ein Fond einer bürgerlichen Handlung, das die Eigenschaft eines bürgerlichen Gutes an sich hat, bezogen, und in die magistratliche Kassa, oder nach Umständen auch der Grundherrschaft, wenn die Stadt oder der Markt municipal ist, abgeführt wird, und das landesfürstliche ist dasjenige, welches der Regel nach dem Landesfürsten entrichtet wird. Das landesfürstliche Abfahrtsgeld wird von jenem Vermögen bezogen, welches in das Ausland geht, nur mit dem Unterschiede, das es von dem unterthänigen Vermögen, oder auch von dem bürgerlichen nur mit fünf von Hundert, von demjenigen Vermögen aber, das weder unter die eine noch unter die andere Cathegorie gehört, mit zehn von Hundert bezogen wird. Das grundherrliche und bürgerliche Abfahrtsgeld wird von den Grundobrigkeiten oder Magistraten nur mit fünf von Hundert, jedoch auch in dem Falle bezogen, wenn das unterthänige oder bürgerliche Vermögen nach Ungarn und Siebenbürgen abgeht. —

Die Magistrate der landesfürstlichen Städte und Märkte haben die besondere Begünstigung, daß sie als Grundherrschaft von dem abziehenden bürgerlichen Vermögen nicht allein das ihnen zustehende bürgerliche Abfahrtsgeld zu 5 Procent, sondern auch in den Fällen, wo das Vermögen in das Ausland geht, somit der Fall des landesfürstlichen Abfahrtsgeldes eintritt, dieses landesfürstliche Abfahrtsgeld zu 5 Procent, zusammen also zehn Procent beziehen. — Jede Obrigkeit, welcher ein Fall, wo ein Abfahrtsgeld zu entrichten ist, bekannt wird, hat dieses ungesäumt dem Fiscalamte des Landes, aus welchem das Vermögen geht, anzuzeigen, das Vermögen selbst aber bis zu der über die Anzeige erfolgende Entschließung nicht zu verabfolgen. Ueber eine solche Anzeige wird sohin von Seite der Kammerprocuratur das landesfürstliche Abfahrtsgeld bestimmt, und der Betrag der Obrigkeit durch das Landrecht intimirt. In Ansehung des hiervon zu entrichtenden unterthänigen oder bürgerlichen Abfahrtsgeldes steht den Grundherrschaften und Magistraten die Entscheidung in erster Instanz über die Verpflichtung und das Ausmaß der Leistung, mit Vorbehalt des Recurses der Parteyen an die höheren Behörden, zu. Diese Recurse gehen an die Kreisämter in zweyter, an die Landesstelle in dritter, und an die Hofstelle in vierter und letzter Instanz. — Langt die obenbemerkte Intimation ein, so ist derjenige, der das Abfahrtsgeld zu entrichten hat, hiervon zu verständigen, und es hat derselbe, sobald das abziehende Vermögen beweglich und er ein ungarischer oder siebenbürgischer Unterthan oder ein Ausländer ist, oder aber ein hiesiger Eigenthümer mit seinem Vermögen nach Ungarn, Siebenbürgen oder in das Ausland zieht, das aufgerechnete Abfahrtsgeld sogleich, und zwar auch sogar dann zu berichtigen, wenn wirklich ein solches Vermögen noch in einer der böhmisch-österreichisch-deutschen Provinzen gelassen würde. Vom unbeweglichen Vermögen ist das Abfahrtsgeld nur bey dessen Verkauf zu fordern und zu entrichten.

Mit welchen Ländern Freyzügigkeits-Verträge bestehen, wurde bey §. 33 angeführt.

Es gibt auch Sachen, von denen kein Abfahrtsgeld abgenommen werden darf. Diese sind:

a. Handwerks- und Hausgeräthe, welche nach Ungarn oder ins Ausland gehen; jedoch erstere nur in so weit, als sie der Auswanderer wirklich mit sich nimmt, selbe zum gewöhnlichen Betriebe des Gewerbes des Auswanderers gehören, und auch nicht in solcher Menge ausgeführt werden, daß dabey offenbar nicht der ordentliche Gewerbsbetrieb, sondern die Umgehung der Abfahrtsgeldgesetze beabsichtiget würde.

b. Die Ausstattung k. k. Unterthanen, die sich in Ungarn oder im Auslande verehelichen.

c. Der Fruchtgenuß eines im Lande bleibenden Vermögens.

d. Capitalien, die durch ein aus fremden Ländern hierher gebrachtes Vermögen entstanden; es hätte denn der Eigenthümer solcher Capitalien zur Zeit, da er in ein fremdes Land ziehen will, sich bereits durch zehn Jahre in den k. k. Ländern aufgehalten, oder durch Ankauf eines unbeweglichen Gutes ansäßig gemacht.

Außer dem Abfahrtsgelde, von dem hier gesprochen worden ist, besteht auch noch das Militär-Abfahrtsgeld, welches von jedem aus der Militär-Jurisdiction gezogenen Vermögen, und zwar in Fällen, wo dasselbe in das Ausland geht, mit 10 Procent, sonst aber mit 5 Procent zum Besten des Invalidenfondes abgeheischt wird.

D. Der Beytrag zu dem Schulfonde.

E. Die Beyträge zur Unterstützung der Armen.

F. Die Beyträge für die Krankenhäuser.

Von diesen Beyträgen, worunter die letzteren beyden nur für bestimmte Orte gelten, wurde bereits bey Erläuterung des §. 694 gehandelt.

2) In Ansehung des in dem gegenwärtigen §. berührten Falles, wenn nähmlich der Erblasser gegen das Staats-Aerar in Verrechnung stand, enthalten die §§. 203 und 204 der gallizischen Gerichts-Instruction folgende Bestimmungen:

Ist der Erblasser gegen das Staats-Aerarium in Verrechnung gestanden, so wird seinen Erben die Verlassenschaft

nicht eher übergeben, bis alle Rechnungen berichtiget sind, und die Erben von der Cameralstelle die ausdrückliche Bewilligung zur Uebergabe beybringen. — Wenn bey dem Landrechte die Verlassenschafts-Abhandlung eines Militärs vorfällt, ist an die Erben die Verlassenschaft nicht eher auszufolgen, bis sie nicht von dem Militär-General-Taxamte und der Hofkriegs-Buchhalterey die Zeugnisse beygebracht haben, daß der Verstorbene dem Aerario nichts schuldig, oder über die Schuld von den Erben Richtigkeit gepflogen worden sey, gegen welche Vorsichten von dem Hofkriegsrathe die Verfügung erlassen wird, daß der Abhandlungs-Instanz der Rückstand am Militärgage oder Pension ausgefolgt werden soll.

Um aber zu verhüthen, daß die Verlassenschafts-Abhandlungspflege verstorbener Militärpersonen nicht darum in die Jahre verzogen werde, haben Sr. Majestät zu befehlen geruht [1]), daß in allen Sterbfällen der sowohl in wirklicher Verrechnung gestandenen, als auch zur Haftung für die Rechnungsrichtigkeit verbundenen Officiers- und Militärsparteyen gleich nach dem erfolgten Tode ein Convocations-Edict mit Bestimmung eines Termines von sechs Monathen zu erlassen, und an die Hofkriegs-Buchhalterey zur Anmeldung der allfälligen Aerarial-Forderungen gelangen zu machen, nach dieser verstrichenen Frist aber, ohne auf das Buchhalterey-Attestat weiter zu warten (da jenes des Haupt-Taxamtes ohnehin keinem Aufschube unterliege), die Abhandlung zu pflegen, und sodann die Verlassenschaft den Erben gegen Schadloshaltungs-Revers zu erfolgen sey. Diese Edicte sind aber durch das aufgestellte General-Commando unverzüglich an den Hofkriegsrath zu befördern, damit die Hofkriegs-Buchhalterey in Zeiten hiervon verständiget, von derselben die allfälligen Aerarial-Forderungen angegeben, dann das Fiscalamt angewiesen, und in den Stand gesetzt werden könne, dergleichen Forderungen gehörig anzumelden, zu liquidiren und einzubringen. Vermög Justizhofdecret vom 3. December 1824 [2]),

1) Hofdec. vom 31. December 1801; J. G. S. Nr. 538.
2) J. G. S. Nr. 2053.

wurde anbefohlen, daß künftig der Nachlaß eines gegen den Staatsschatz in Verrechnung stehenden Beamten, außer dem Executionswege, auch nicht jure crediti Jemanden einzuantworten sey, ohne vorläufig die Zustimmung der Cameralbehörde, die es betrifft, beygebracht zu haben.

§. 819.

Wann die Erbschaft einzuantworten.

Sobald über die eingebrachte Erbserklärung der rechtmäßige Erbe vom Gerichte erkannt, und von demselben die Erfüllung der Verbindlichkeiten geleistet ist, wird ihm die Erbschaft eingeantwortet, und die Abhandlung geschlossen. Uebrigens hat der Erbe, um die Uebertragung des Eigenthumes unbeweglicher Sachen zu erwirken, die Vorschriften des §. 436 zu befolgen.

1) Damit die Erbschaft Jemanden als Erbe eingeantwortet werden könne, ist nach dem Inhalte des gegenwärtigen §. vor Allem nothwendig, daß der rechtmäßige Erbe vom Gerichte erkannt werde. — Es muß folglich bey sich widerstreitenten Erbserklärungen vorerst im ordentlichen Wege rechtskräftig ausgemacht seyn, wem aus denjenigen, die die Erbschaft angetreten haben, das Erbrecht gebühre. — Bey Erläuterung des §. 799 wurde bemerkt, daß der Abhandlungs-Richter bey der Annahme der Erbserklärung es mit der Ausweisung des Rechtstitels nicht so genau nehmen dürfe; denn es ist möglich, daß diejenigen, welche eigentlich dabey interessirt sind, und welche die Erbschaft überkommen würden, wenn der Erbschafts-Antreter hiervon ausgeschlossen würde, das Erbrecht desselben in der Folge ausdrücklich anerkennen. Allein anders verhält sich die Sache, wenn es sich darum handelt, dem Erbschafts-Antreter die Erbschaft wirklich einzuantworten; hier fordert das Gesetz, daß das Gericht den Erbschafts-Prätendenten zuvor als rechtmäßigen Erben erkenne, ehe es die Einantwortung bewilligen kann. Es kann daher auch demjenigen, welcher sich auf

ein, nicht mit den gesetzlichen Förmlichkeiten versehenes, Testament, erbserkläret hat, die Erbschaft nicht einantworten, wenn er sich nicht ausweiset, daß sein Erbrecht von denjenigen anerkannt werde, welche sonst als die rechtmäßigen Erben erkannt werden müßten [1]).

2) So wie nun aber dem Erbsantreter die Erbschaft nicht eher eingeantwortet werden kann, als er sich beym Gerichte legal ausgewiesen hat, daß er der rechtmäßige Erbe sey, so ist auch umgekehrt der Act der gerichtlichen Einantwortung das Zeichen, daß das Gericht den erklärten Erben auch als rechtmäßigen Erben förmlich anerkenne. — Vor diesem Acte ist der Erbschaftsantreter selbst in dem Falle, daß ihm die Erbschaft zur Besorgung und Benützung übergeben wurde, nur als präsumtiver Erbe anzusehen; von dem Zeitpuncte der Erbschafts-Einantwortung geht auch erst das Vermögen des Erblassers in das Vermögen des Erben über, und er tritt ungefähr in das Verhältniß eines Cessionärs. Alle jene Klagen, welche früher gegen den Erben gleichsam nur als Stellvertreter des Erblassers, und sohin nur an die Erbschaftsmasse, angebracht werden konnten, gehen nun gegen die Person des Erben über, und der Gläubiger ist nicht gebunden, nur solche Güter in die Execution zu ziehen, welche eigentlich zur Erbschaftsmasse gehören, sondern er kann selbst bey der bedingten Erbserklärung auf das eigentliche Vermögen des Erben greifen, nur darf, was sich als Folge der bedingten Erbserklärung von selbst ergibt, der Erbe nur in so weit zur Zahlung verhalten werden, als es die Kräfte der Erbschaft zulassen. — Vor der Einantwortung der Erbschaft kann. z. B. der Gläubiger des Erblassers bey der bedingten Erbserklärung die Vormerkung seiner Forderung (vorausgesetzt, daß ihm ein Titel zum Pfandrechte überhaupt zusteht) nur auf das in der Verlassenschaft befindliche unbewegliche Gut begehren, nach der Einantwortung dagegen kann er auch auf das dem Erben schon früher eigenthümlich zugehörige Gut greifen. — Vor der Einantwortung kann der Schuldner des Erb-

2) Siehe die Abhandlung des Herrn Dr. Sonnleithner. Wagn. Zeitschrift 1826. VIII. Heft, S. 87.

lassers, wenn die Forderung eingetrieben wird, dasjenige nicht in Abrechnung bringen, was der Erbe in eigener Person an ihn schuldet, eben weil er noch nicht in das Rechtsverhältniß eines Cessionärs eingetreten ist; und eben so wenig, kann der Erbe die Forderung des Verlassenschafts-Gläubigers mit seiner eigenen Forderung compensiren; allerdings aber geht dieses nach geschehener Einantwortung an. — Die Ausnahmen bey der unbedingten Erbserklärung sind bey §. 810 zur Sprache gekommen.

3) Wenn aber auch in Ansehung des Erkennens des rechtmäßigen Erben kein gegründeter Anstand mehr obwalten sollte, so kann dem Erben doch die Erbschaft nicht eher eingeantwortet werden, als er sich nicht über die Erfüllung der Verbindlichkeiten ausgewiesen hat. Der Erbe hat daher in seinem Gesuche, worin er um Einantwortung der Erbschaft bittet, darzuthun: a) daß das Mortuar und die übrigen Gerichtstaxen berichtigt worden seyen; b) daß die Erbsteuer abgeführt, oder nach Umständen sichergestellt worden sey, oder daß eine Erbsteuer Entrichtung überhaupt nicht Platz greife; c) daß im Falle, als von diesem Verlasse ein Abfahrtsgeld zu entrichten ist, ein hinreichender Betrag zurückgelassen wurde; d) daß die allenfallsigen übrigen Gebühren zum Normalschulfonde, zum Armeninstitute und für die Krankenhäuser, wo solche Beträge zu entrichten sind, abgeführt wurden. e) War der Verstorbene ein gegen das landesfürstliche Aerar in Verrechnung stehender Beamter, so ist die Einstimmung der betreffenden Behörde beyzubringen. f) Ist eine letzte Willens-Erklärung vorhanden, so hat sich der Erbe auch darüber auszuweisen, daß er die im §. 817 ihm dießfalls auferlegten Verbindlichkeiten in Erfüllung gebracht habe. — Die Abhandlungsbehörde hat Amteswegen darüber zu machen, daß der Ausweis über die Erfüllung dieser Verbindlichkeiten ohne Verzögerung vorgelegt, und die Verlassenschafts-Abhandlung mit möglichster Beförderung beendiget werde. Zu diesem Ende schreibt die mehrerwähnte Instruction für die küstenländischen Bezirksgerichte vor, daß, wenn in dem Benehmen der Erben eine Zögerung wahrgenommen werden sollte, das Landgericht sie vorzuladen, und den Ausweis über die Erfüllung der obgedachten Verbindlichkei-

ten abzufordern habe. Wenn nun aus der Aeußerung der Erben und aus den von ihnen beygebrachten, dem Protocolle beyzuschließenden Urkunden hervorgehet, daß der Erbschafts-Einantwortung und der Beendigung des Verlassenschafts-Geschäftes nichts mehr im Wege stehe, so wird das Protocoll geschlossen, von dem Gerichte und den Parteyen unterfertiget, und mit den vorgelegten Urkunden in dem Abhandlungs-Protocolle aufbewahrt; im entgegengesetzten Falle aber sind die Parteyen bey der Erledigung des Protocolles, binnen einer von dem Gerichte nach vernünftigem Ermessen zu bestimmenden Frist, zur Nachtragung des noch Fehlenden anzuweisen. Bey den ordentlich organisirten Gerichten in den Städten wird die Ueberreichung dieses Ausweises schriftlich abgefordert, doch kann auch ohne Zweifel hier, sobald es dem Gerichte zweckdienlicher erscheint, sich nach den für die Landbehörden gegebenen Vorschriften benommen werden.

4) Wenn bey der Verlassenschafts-Abhandlung lauter großjährige Erben einschreiten, so hat sich das Gericht Amtswegen nicht darum zu bekümmern, wie die Erben die einzelnen Verlassenschafts-Gegenstände unter sich vertheilen. Es ist also die Abforderung eines Theillibelles ganz überflüssig, und um so mehr gesetzwidrig, als es den großjährigen Erben nicht benommen werden kann, in Ansehung der Verlassenschafts-Gegenstände in fortwährender Gemeinschaft zu bleiben. Sind aber minderjährige Erben vorhanden, so ist vor Einantwortung der Verlassenschaft der Regel nach auch ein Theillibell dem Gerichte vorzulegen, wenn nähmlich keine solchen Hindernisse sich zeigen, welche der unverzüglichen Zustandebringung eines solchen Theillibells im Wege stehen. Sollten sich aber solche Hindernisse ergeben, die sich nicht auf der Stelle beheben lassen, so ist die Beendigung des Verlassenschaft auch in den Fällen, wo Minderjährige oder Pflegebefohlene als Erben einschreiten, in der Regel nicht bis zur Erbstheilung aufzuschieben, indem das Einantwortungs-Decret, welches jedem Erben immer seinen bestimmten verhältnißmäßigen Antheil aus der ganzen Verlassenschaftsmasse in Gemäßheit des Testamentes oder der Erbfolgegesetze zuweisen

muß, schon für sich die Grundlage der künftigen Erbstheilung enthält [1]).

5) Sobald nun die Erben ihr Erbrecht gehörig ausgewiesen, und alle ihnen obliegende Verbindlichkeiten erfüllet haben, hat das Gericht denselben die Erbschaft einzuantworten und ausfolgen zu lassen; und ist sohin die Verlassenschafts-Abhandlung als beendet zu erklären. Die Uebergabe von beweglichen Sachen, die bisher vom Gerichte verwahrt wurden, geschieht durch den körperlichen Act der Uebertragung; daher in dem Bescheide, womit den Erben die Erbschaft eingeantwortet wird, dieselben gewöhnlich angewiesen werden, um Erfolglassung der bey Gerichte depositirten Sachen besonders anzulangen. Waren Verlassenschafts-Gegenstände inzwischen einem Dritten zur Verwahrung anvertraut worden, so wird dieser angewiesen, diese Gegenstände den Erben ausfolgen zu lassen. Sind mehrere Erben vorhanden, welche zur Zeit der Einantwortung über die Theilung das Vermögens noch nicht einig geworden sind, so kann die Erfolglassung in dem einen oder anderen Falle nur an sämmtliche Erben zusammen geschehen. Sind die Erben bereits in Folge des §. 810 in die Benützung der Verlassenschaft eingesetzt worden, so bedarf es keiner eigentlichen Uebergabe mehr. — Es frägt sich hier, ob die Erben durch den Act der Einantwortung an und für sich schon Eigenthümer der beweglichen Verlassenschaftsstücke werden, oder ob außer der Einantwortung noch ein anderer Act hinzutreten müsse? — Ich glaube, daß hier der Act der Einantwortung genüge. Denn entweder sind die Verlassenschafts-Gegenstände in Verwahrung des Gerichtes, oder eines Dritten, oder bereits den Erben zur Besorgung und Benützung überlassen worden. Sind sie in Verwahrung des Gerichts oder eines Dritten, so wurden sie eben nur für denjenigen bewahrt, der sich seiner Zeit als Erbe gehörig ausweisen wird, indem das Gericht durch die Erbschafts-Einantwortung erkläret, daß es den Erben bereits anerkannt habe, so ist darin auch stillschweigend die Erklärung begriffen, daß von nun diese Verlassen-

1) Siehe die mehrerwähnte Instruction §. 97.

schafts-Gegenstände in seinem Nahmen aufbewahrt werden. Sind diese Gegenstände dem Erben bereits zur Benützung übergeben worden, so wird durch die Einantwortung eben erkläret, daß er von nun an diese Sachen aus eigenem dinglichen Rechte besitzen solle. — Anders verhält es sich aber bey unbeweglichen Sachen, und solchen Rechten, die diesen gleichgehalten werden, und einen Gegenstand der öffentlichen Bücher ausmachen; da schon im §. 436 die Einverleibung der das Eigenthum zu begründenden Urkunden zur Erlangung des Eigenthumsrechtes vorgeschrieben ist.

6) Ist daher die Verlassenschaft den Erben bereits eingeantwortet, so kann eine weitere Uebertragung dergleichen unbeweglicher Sachen, oder dieses gleichgehaltener Rechte nicht eher Platz greifen, bis nicht die Erben selbst in den öffentlichen Büchern als Eigenthümer angeschrieben worden sind. — Dieses gilt selbst dann, wenn aus mehreren Erben einem oder dem anderen ein bestimmtes Gut ausschließend zugewiesen werden sollte. — Es müssen früher alle Erben gemeinschaftlich als Eigenthümer angeschrieben werden, dann können die einzelnen Erben ihre Antheile an den einen oder andern Miterben übertragen. Wird aber die Vertheilung des Verlassenschafts-Vermögens unter den Erben noch vor der gerichtlichen Einantwortung des Verlassenschafts-Vermögens vorgenommen, dann scheint dieses nicht nothwendig. Denn bis zur Einantwortung der Erbschaft machen die mehreren Erben in Ansehung ihres gemeinschaftlichen Erbrechtes nur Eine Person aus (§. 550), und stellen in Rücksicht auf dieselbe den Erblasser vor (§. 547). Die Verfügungen, welche sie in dieser Zeitperiode mit den Verlassenschafts-Gegenständen treffen, sind daher eben so anzusehen, als ob sie unmittelbar von dem Erblasser selbst ausgingen; sie sind, wie ich schon mehrmahl erwähnt habe, gleichsam als Curatoren des Verlasses; zu betrachten, und handeln gleichsam im Nahmen des Erblassers. — Darum kann, wenn die gemeinschaftlichen Erben in ihrem Einantwortungsgesuche zugleich ein Theillibell vorlegen, auch in dem Einantwortungs-Bescheide ausgedrückt werden, daß diesem oder jenem Erben ein bestimmtes Verlassenschaftsgut aus-

schließend zugewiesen, und er als Eigenthümer desselben in dem öffentlichen Buche angeschrieben werden könne.

§. 820.

Haftung der gemeinschaftlichen Erben.

Mehrere Erben, welche eine gemeinschaftliche Erbschaft ohne die rechtliche Wohlthat des Inventariums angetreten haben, haften allen Erbschafts-Gläubigern und Legataren, selbst nach der Einantwortung, Alle für Einen und Einer für Alle. Unter sich aber sind sie nach Verhältniß ihrer Erbtheile zu bezahlen schuldig.

1) Eine widrige Rechtsfolge der unbedingten Erbserklärung ist §. 801 vorgekommen. Der gegenwärtige §. enthält eine zweyte, welche den unbedingt erklärten Erben selbst dann in die Lage setzen kann, aus eigenem Vermögen bezahlen zu müssen, wenn die Verlassenschaft auch vollkommen hinreicht, alle Verlassenschaftslasten zu bestreiten, und ihn selbst der Gefahr aussetzt, seine Regreß-Ansprüche an die übrigen Erben nicht realisiren zu können, wenn sie nähmlich die ihnen bereits eingeantwortete, oder theilweise zur Besorgung und Benützung anvertraute Verlassenschaft durchgebracht haben. Darum ist es, wenn mehrere Erben einschreiten, selbst in dem Falle bedenklich, die Erbschaft ohne der Rechtswohlthat der Inventur anzutreten, wenn man auch völlig versichert seyn kann, daß der Activstand der Verlassesmasse den Passivstand übersteige.

2) Die gemeinschaftlichen, sich unbedingt erklärten Erben, sind daher als Mitschuldner zur ungetheilten Hand anzusehen, und es sind daher alle auf diese Bezug nehmenden Vorschriften auch auf erstere anwendbar. Sobald also Einer der Erben dem Verlassenschafts-Gläubiger oder Legatar das Ganze entrichtet hat, darf dieser von den übrigen Erben nichts mehr fordern (§. 893). Dagegen ist derjenige Erbe, welcher das Ganze, oder wenigstens mehr entrichtet hat, als er nach dem Verhältnisse seines Antheiles zu entrichten gehabt hätte, berechtiget, den Ersatz

dieses Mehrbezahlten von den übrigen Erben, nach dem Verhältnisse ihrer Antheile zu begehren; und es kann ihm bey dieser Ersatzesforderung die allenfällig von dem Gläubiger ertheilte Befreyung eines oder des anderen Miterben nicht nachtheilig seyn (§. 896).

§. 821.

Haben die gemeinschaftlichen Erben von der rechtlichen Wohlthat des Inventariums Gebrauch gemacht; so sind sie vor der Einantwortung den Erbschafts-Gläubigern und Legataren nach dem §. 550 zu haften verbunden. Nach der erfolgten Einantwortung haftet jeder Einzelne selbst für die, die Erbschafts-Masse nicht übersteigenden, Lasten nur nach Verhältniß seines Erbtheiles.

1) So lange die Erbschaft noch nicht eingeantwortet und gerichtlich unter die Miterben vertheilt ist, muß man selbe, wie von Zeiller bemerkt, obschon ihnen die Verwaltung und Benützung derselben überlassen, und von ihnen einverständlich abgetheilt worden wäre (§. 810), als eine ungetheilte Masse ansehen, in der jeder Gläubiger wider jeden Mitschuldner seinen Anspruch in der Art geltend machen kann, daß er jeden, auch einem einzelnen Erben zur Benützung zugewiesenen Vermögenszweig im Executionswege zu seiner Befriedigung verwenden könne. — Keineswegs kann aber dieser §., welcher seine nähere Begränzung aus dem §. 550 erhält, dahin ausgelegt werden, als ob der Gläubiger seine Klage nur gegen Einen der Erben (nach seiner Auswahl) richten könnte; sondern er muß seine Forderung allerdings gegen sämmtliche Erben einklagen, weil nun diese zusammen den Erblasser vorstellen, und mit diesem, in Bezug auf die Erbschaft, Eine Person ausmachen (§. 550).

2) Ist aber die Erbschaft einmahl eingeantwortet worden, sohin keine ungetheilte Masse mehr vorhanden, so haftet auch jeder der sich bedingt erklärten Erben für die Lasten nur nach Maß eines erhaltenen Antheiles. Sind daher z. B. drey Erben vorhanden, denen die

Erbschaft zu gleichen Theilen eingeantwortet wurde, so kann der Gläubiger, welcher z. B. Ein Tausend Gulden von dem Erblasser zu fordern hatte, nur 333 fl. 20 kr. abgesondert gegen jeden einzelnen Erben einklagen, und die Bezahlung nur dieses Theiles von ihm verlangen.

§. 822.

Sicherheitsmittel der Gläubiger des Erben.

Gläubiger des Erben können zwar das ihm angefallene Erbgut, auch vor der an ihn erfolgten Einantwortung, mit Verboth, Pfändung oder Vormerkung belegen. Eine solche Sicherstellung kann jedoch nicht anders, als mit dem ausdrücklichen Vorbehalte ertheilt werden, daß sie den bey der Abhandlung der Verlassenschaft vorkommenden Ansprüchen unnachtheilig, und erst von Zeit der erlangten Einantwortung wirksam seyn soll.

1) Vor der Einantwortung der Verlassenschaft an den Erben ist dieselbe selbst in dem Falle, als sie dem Erben zur Besorgung und Benützung übergeben wurde, noch immer als ein in rechtlicher Hinsicht abgesondertes Vermögen anzusehen. Erst nach der Einantwortung gehet dieselbe in das Eigenthum des Erben über, und es können sohin von diesem Zeitpuncte an auch die Gläubiger des Erben, wie an seinem übrigen Vermögen, ihre Befriedigung oder Sicherstellung suchen. — Von diesem Zeitpuncte an hört, wie von Zeiller bemerkt, die Absonderung der Verlassenschaft von dem Vermögen des Erben mit allen darauf sich beziehenden Vorrechten der Erbschaftsgläubiger auf (§. 812).

2) Allein schon vor der Einantwortung hat der Erbe auf die körperlichen und unkörperlichen, beweglichen und unbeweglichen Sachen das angefallene Erbrecht; nur ist dieses eben aus dem Grunde, weil der Erbe bey der Erbschaftsantretung noch keinen strengen Beweis seines Erbrechtes zu führen braucht,

noch nicht rechtlich gewiß. Es muß also auch den Gläubigern des Erben das Recht zustehen, das Erbrecht des Erben selbst, welches gleichfalls als eine Sache anzusehen ist, zur Deckung ihrer an diesen zu stellenden Forderungen zu benützen. — Darum gestattet ihnen hier das Gesetz, das dem Erben angefallene Erbgut, auch vor der an ihn erfolgten Einantwortung, mit Verboth, Pfändung oder Vormerkung zu belegen. Schon das Landtafelpatent für Böhmen und Mähren verordnet dießfalls im §. 21, daß den Gläubigern eines Universalerben die Pränotation ihrer Forderungen auf das in der ererbten Verlassenschaft befindliche landtäfliche Gut oder Capital, auch vor der an den Universalerben erfolgten gerichtlichen Einantwortung bewilliget werden könne, wenn erstens die letztwillige Anordnung bey der Landtafel eingetragen, und zweytens einer solchen Pränotation jedesmahl die ausdrückliche Clausel eingeschaltet wird, daß dieselbe den bey Abhandlung der Verlassenschaft sich äußernden Sprüchen und Anforderungen nicht nachtheilig für den Pränotirten, aber in Anbetracht des zu erwirkenden Pfandrechts nicht eher wirksam seyn soll, als bis an seinen Schuldner die gerichtliche Einantwortung der Verlassenschaft geschehen seyn würde; da dann dergleichen Pränotirte unter sich nach der Zeitordnung in das Pfandrecht einzutreten haben. Das, was hier das Landtafelpatent von unbeweglichen Gütern und intabulirten Capitalien sagt, dehnet nun der gegenwärtige §. auf alle in der Verlassenschaft befindliche Sachen aus.

3) Aus dem gegenwärtigen §. kann jedoch nicht die Folgerung gezogen werden, daß der höchste Gesetzgeber dadurch den Gläubigern des Erben überhaupt einen Titel zum Pfandrechte auf das demselben angefallene Erbgut einräumen wollte; — sondern die Absicht desselben war nur, wie sie aus den Endworten dieses §. deutlich hervorleuchtet, die Frage zu entscheiden, ob dem Gläubiger des Erben, welchem überhaupt ein Titel zum Pfandrechte auf das Vermögen des Erben zukömmt, und der, gestützt auf diesen, die Vormerkung auf ein dem Erben noch nicht eingeräumtes Verlassenschaftsgut begehrt, dieselbe bewilliget werden könne? — Es läßt sich kein Grund denken, warum der Gesetzgeber dem Gläubiger, dem er auf das eigene Vermögen des

Erben keinen Titel zum Pfandrechte eingeräumt hat, einen solchen auf das noch nicht eingeantwortete Vermögen seines Erblassers zugestanden haben sollte.

4) Da nach §. 819 der Erbe durch die Einantwortungs-Verordnung an sich noch nicht das Eigenthum der zur Verlassenschaft gehörigen unbeweglichen Sachen erwirkt, sondern hierzu die Einverleibung in das öffentliche Buch nothwendig ist, so entsteht die Frage: ob in dem Falle, als dem Erben die Erbschaft bereits eingeantwortet, derselbe aber noch nicht auf das unbewegliche Gut als Eigenthümer angeschrieben ist, dem Gläubiger die Vormerkung seiner Forderung unbedingt, oder nur mit dem am Schlusse dieses §. ausgedrückten Vorbehalte bewilliget werden könne? — Für die unbedingte Bewilligung scheint der Wortlaut des gegenwärtigen §. zu sprechen, welcher diesen Vorbehalt nur für den Fall anordnet, als der Gläubiger noch vor Einantwortung der Erbschaft an den Erben die Vormerkung begehret; für den Vorbehalt aber kann man anführen, daß, so lange der Erbe nicht an die Gewähr des Gutes geschrieben ist, er auch nicht als Eigenthümer desselben angesehen werden könne, und nur gegen den Eigenthümer die Intabulation oder Vormerkung einer Schuldpost erwirkt werden könne. Ich glaube nun allerdings, daß auch, ungeachtet der geschehenen Einantwortung, die Vormerkung auf das unbewegliche Gut nur mit dem im gegenwärtigen §. bemerkten Vorbehalte geschehen könne; denn der gegenwärtige §. spricht bloß das Befugniß des Gläubigers vor der Einantwortung aus, und läßt sich darauf nicht ein, zu bestimmen, was nach der Einantwortung zu geschehen habe. — Nach der Einantwortung, welche nur einen Titel zum Eigenthumsrechte, nicht aber das Eigenthumsrecht selbst gibt, treten daher die allgemeinen Bestimmungen des Gesetzes über die Erwerbung des Pfandrechtes ein, nach welchen Niemand in so lange ein Pfandrecht auf eine unbewegliche Sache erlangen kann, so lange derjenige, gegen den ein Pfandrecht erworben werden soll, noch nicht in den öffentlichen Büchern als Eigenthümer derselben angeschrieben ist. — Nach diesen Bestimmungen müßte daher der Gläubiger, der gegen den Erben wegen einer Forderung,

die er an ihn zu stellen hat, die Vormerkung derselben auf ein in der Verlassesmasse befindliches unbewegliches Gut ansucht, platterdings hintangewiesen werden; da aber die Rechte des Gläubigers durch die Einantwortung nicht verringert werden können, so müssen ihm doch gegen dieselben die Rechte vorbehalten bleiben, welche er vor geschehener Einantwortung an den Erben gehabt hat. — So lange nähmlich das unbewegliche Gut noch nicht auf den Nahmen des Erben umschrieben ist, muß dasselbe noch immer so angesehen werden, als wenn es noch dem Erblasser, oder respect. dessen Verlassenschaftsmasse, angehöre, zu welcher zwar dem Erben das Recht zusteht, ohne daß er jedoch noch ein Eigenthumsrecht in selber erhalten hat.

§. 823.

Erbschaftsklagen.

Auch nach erhaltener Einantwortung kann der Besitznehmer von jenem, der ein besseres oder gleiches Erbrecht zu haben behauptet, auf Abtretung oder Theilung der Erbschaft belangt werden. Das Eigenthum einzelner Erbschaftsstücke wird nicht mit der Erbschafts-, sondern der Eigenthumsklage verfolget.

1) Den Beschluß der über das Erbrecht geltenden Bestimmungen macht die Erbschaftsklage. Bey jeder Klage können folgende drey Fragen erhoben werden: a) wem sie zustehe, b) gegen wen sie angebracht werde, und c) was der Gegenstand, das eigentliche Begehren derselben sey.

2) Die erste Frage ist nun dahin zu beantworten, daß sie demjenigen zustehe, welcher behauptet, daß ihm auf eine bestimmte Verlassenschaft das ausschließende Alleinerbrecht, oder wenigstens ein Miterbrecht, entweder auf einen gleichen oder ungleichen Antheil, zustehe, und sein Begehren auf ein Testament, oder einen Erbvertrag, oder die gesetzliche Erbfolge gründet (§. 799). Sie gebührt daher, wie bereits von Zeiller bemerkt hat, ebenfalls einem Notherben (§. 774), oder fideicom-

missarischen Erben (§ 613); aber weder einem Legatare (§§. 535 und 774), noch überhaupt dem, welcher einzelne Verlassenschaftssachen oder Summen aus einem besonderen Titel (titulo singulari), wie aus einer Schenkung, einem Kaufe u. s. w., anspricht. — Es entsteht hier die Frage: ob sie auch dem Erbschaftskäufer zukomme? — Bey Beantwortung dieser Frage muß unterschieden werden, gegen welche Person der Erbschaftskäufer die Klage auf Herausgabe der Erbschaft anstrenget? — Ist es derjenige selbst, der ihm die Erbschaft verkaufte, so kann die von dem Käufer gegen ihn angebrachte Klage nicht die eigentliche Erbschaftsklage, welche dinglicher Natur ist, seyn; sondern es ist die aus dem Erbschaftskaufe entspringende Contractsklage, und sohin auf Erfüllung der von dem eigentlichen Erben in dem Erbschafts-Kauf-Vertrag eingegangenen Verbindlichkeit gegründet. — Hat sich aber eine dritte Person der Erbschaft bemeistert, so ist es nur die Erbschaftsklage, mittelst welcher der Käufer die Abtretung der Erbschaft verlanget.

3) Die Erbschaftsklage wird gegen denjenigen angebracht, welcher die ganze Erbschaft oder einen Theil derselben als Erbschaft besitzt, oder doch in Anspruch nimmt, und das Erbrecht des Klägers nicht anerkennen will (§. 800). Es streiten also wirkliche oder vermeinte Erben aus den mannigfaltigen Erbrechtstiteln unter sich. Die Entscheidung des Streites ist hier von verschiedenen Umständen abhängig. Gehen die Ansprüche der verschiedenen Erbschafts-Prätendenten von verschiedenen Erbrechtstiteln aus, so ist es im Allgemeinen richtig, daß der Vertragserbe dem testamentarischen und Intestat-Erben (mit Ausschluß des im §. 1253 bestimmten Theiles) und der testamentarische dem Intestat-Erben vorgehe; und sohin muß derjenige, der einen schwächeren Erbrechtstitel für sich hat, in dem concreten Falle die Gültigkeit des stärkeren Titels, oder die persönliche Fähigkeit des Erblassers zur Schließung des Vertrages, oder Errichtung des Testamentes, oder die persönliche Fähigkeit des vermeintlichen Erben bekämpfen. Bey gleichen, Erbrechtstiteln kann es sich um den Sinn des Vertrages, oder der letzten Anordnung, um die Zeit der Errichtung, um den näheren oder

entfernteren Grad der Verwandtschaft u. s. w. handeln. — Der Erbschaftskäufer wird diese Klage mit Erfolg nicht gegen denjenigen anstrengen können, welcher sein Recht von dem Erben selbst ableitet, der das Erbrecht an den Kläger veräußerte.

4) Das Begehren ist zunächst darauf gerichtet, daß der Kläger als Erbe anerkannt werde, entweder als Alleinerbe, dem die ganze Erbschaft ausschließend überlassen werden muß, oder als Miterbe, mit dem die Erbschaft zu theilen, oder dem ein in Beziehung auf das Ganze bestimmter Theil derselben (§. 532) zu verabfolgen ist. Was dem Kläger in dem Falle, daß der Gegner die Erbschaft aus der Einantwortung bereits besessen, oder als Verwalter derselben (§. 810) inne gehabt hat, geleistet werden müsse, kommt im nächsten Paragraphe vor.

5) Das Gesetzbuch redet im gegenwärtigen §. von einer Klage auf Theilung der Erbschaft. Diese Klage muß nicht mit der Erbtheilungs- oder Erbsonderungsklage des römischen Rechtes (actio familiæ eriscundæ) vermenget werden. Denn die Erbtheilungsklage im Sinne des gegenwärtigen §. ist lediglich dahin gerichtet, dem Gegner, der das Erbrecht des Klägers entweder gar nicht, oder wenigstens nicht in dem Maße anerkennen will, als es von letzterem angesprochen wird, zum Anerkenntniß des Anspruches zu verhalten; die actio familiæ eriscundæ dagegen ist diejenige Klage, welche ein Miterbe gegen den anderen Miterben, die sich beyde als solche gegenseitig anerkennen, dahin anstellt, daß die bisher gemeinschaftlich unter ihnen gewesene Erbschaft getheilt werde, und den übrigen aus der bisherigen Verwaltung derselben herrührenden Forderungen ein Genüge geschehe [1]). Die Entscheidung der ersteren Klage kann dann auch die letztere Klage zur Folge haben, — ja! es kann auch diese mit jener in Verbindung gesetzt werden; allein sie ist keine eigentliche Erbschaftsklage, sondern eine solche, die aus der anerkannten Gemeinschaft des Erbrechtes entspringet und nach den Bestimmungen beurtheilet werden muß, welche in dem nächstfolgenden Hauptstücke abgehandelt werden. — Einige aus der

1) Siehe Glücks Commentar 11 B., S. 1.

Natur des Erbrechtes sich bey dieser Klage ergebende Eigenthümlichkeiten sollen hier angeführt werden.

6) Diese Erbsonderungsklage setzt die Einantwortung der Erbschaft voraus, und kann in so lange nicht mit Wirksamkeit angestrengt werden, so lange diese Einantwortung noch nicht erfolgt ist. — Denn vor der Einantwortung sind die Erben noch nicht als Eigenthümer des Verlasses anzusehen, — sie können daher auch nicht verlangen, daß das Eigenthum der in dem Verlasse befindlichen Sachen zwischen ihnen getheilt werde. Sie werden vielmehr vor der Einantwortung in Bezug auf die Erbschaft nur für Eine Person angesehen (§. 550), eine Theilung setzt aber nothwendig mehrere Personen voraus. Höchstens kann der eine oder andere in der Eigenschaft als gemeinschaftlicher Verwalter des Vermögens verlangen (§. 810), daß die Verwaltung und Benützung der Verlassenschaft zwischen ihnen getheilet werde. — Denn nur dieses Verwaltungs- und Benützungsrecht ist vor der Einantwortung zwischen ihnen gemeinschaftlich. Eben aus diesem Grunde kann auch kein Erbe nach der Einantwortung früher auf die Veräußerung des unbeweglichen Gutes und Theilung des dafür eingehenden Kaufschillings dringen, als sie sämmtlich gemeinschaftlich als Eigenthümer dieser unbeweglichen Verlassenschaftsgegenstände angeschrieben sind.

7) Hat der Erblasser selbst die Art der Theilung bestimmt, so ist sich nach dieser Vorschrift des Erblassers zu halten, und der Erbe ist nicht nur allein befugt, diese ihm besonders zugewiesenen Gegenstände zur eigenen Verwaltung und Benützung (§. 810) zu verlangen, sondern er kann auch begehren, daß bey der Einantwortung der Erbschaft hierauf der gehörige Bedacht genommen, und ihm diese Verlassenschaftsgegenstände in dem Einantwortungsbescheide speciell in das Eigenthum überwiesen werden, um sogleich mittelst desselben die Anschreibung verlangen zu können.

8) Wer einzelne Verlassenschaftssachen oder Summen, wenn sie auch den größten Theil der Verlassenschaft ausmachten, aber nicht als Erbe, sondern aus einem andern Rechtstitel, z. B.

aus einem Verwahrungsvertrage als Miteigenthümer u. s. w., inne hat, muß von dem Erben im Nahmen des Verstorbenen mit eben der Klage, mit welcher er von diesem hätte belangt werden können, angegangen werden. — Ist der Titel des Innhabers unbekannt, oder besitzt derselbe die Sache aus einem Titel, welcher nicht von dem Erblasser selbst herrühret, wie z. B., wenn er die Sache von einem Dritten gekauft oder als Geschenk erhalten hätte, so muß der Erbe mit der Klage aus dem eigentlichen oder vermutheten Eigenthumsrechte (§. 369 u. 372) des Erblassers auftreten, in welchem Falle dann dieser Besitzer gezwungen wird, in der Einrede den Titel seines Besitzes anzugeben; widrigens dessen er zur Herausgabe der Sache ohne weiters angehalten werden müßte.

§ 824.

Wirkung derselben.

Wenn der Beklagte zur Abtretung der Verlassenschaft ganz oder zum Theile verhalten wird, so sind die Ansprüche auf die Zurückstellung der von dem Besitzer bezogenen Früchte, oder auf die Vergütung der von demselben in dem Nachlasse verwendeten Kosten nach jenen Grundsätzen zu beurtheilen, welche in Rücksicht auf den redlichen oder unredlichen Besitzer in dem Hauptstücke von dem Besitze überhaupt festgesetzt sind. Ein dritter redlicher Besitzer ist für die in der Zwischenzeit erworbene Erbstücke Niemanden verantwortlich.

1) Eine Folge des zuerkannten Erbrechtes, welche in der Regel auch einen Gegenstand des Begehrens ausmacht, ist, wie von Zeiller bemerkt, daß der Gegner die von ihm besessene Erbschaft ganz oder zum Theil mit den dem Kläger gebührenden Nutzungen sammt Zuwachse herausgeben müsse.

2) Hat der Besitzer die Erbschaft bedingt angetreten, so ist aus der Inventur zu entnehmen, aus welchen Gegenständen

die Verlassenschaft, die ihm eingeantwortet wurde, bestanden habe. — Hat er aber die Erbschaft unbedingt angetreten, so muß sich der Kläger mit dem eidstättigen Vermögensausweise zu frieden stellen, oder er muß auf anderem Wege erweisen, daß außer den in diesem Ausweise vorkommenden Gegenständen noch andere dabey vorhanden waren. — Auch kann er den Besitzer, im Falle Verdacht vorhanden wäre, daß er in dem eidstättigen Vermögensausweise nicht alle Sachen genau angegeben hätte, zu dem Offenbarungseid verhalten (§. 219 d. G. O.).

3) In Bezug auf die Abtretung ist aber zu unterscheiden, ob er redlicher oder unredlicher Weise in den Besitz der Verlassenschaft gekommen sey. — Ob aber das Eine oder Andere der Fall sey, hängt von dem Umstande ab, ob nachgewiesen werden könne, daß er von dem Erbrechte des Klägers Wissenschaft hatte oder nicht. — Im letzteren Falle ist er ganz natürlich als redlicher Besitzer anzusehen. — Der erstere Umstand macht ihn aber auch nicht immer zum unredlichen Besitzer. Denn waren Vermuthungsgründe vorhanden, aus welchen er auf eine Verzichtleistung des Klägers rechnen konnte, — so konnte er mit gutem Glauben die Erbschaft antreten. — Doch würde ihm das Daseyn solcher Vermuthungsgründe zu erweisen obliegen.

4) Es kann keinem Zweifel unterliegen, daß der redliche Besitzer alles das, was zur Zeit der Klage an Verlassenschaftsstücken noch wirklich vorhanden ist, dem Kläger ersetzen müsse. — Wie aber, wenn dieselbe oder einige davon bereits veräußert worden wären; ist derselbe auch verbunden, die dafür eingegangenen Summen dem Kläger zu vergüten? — Ich glaube nun allerdings, daß er hierzu verpflichtet sey. — Denn die Verlassenschaft ist eine Gesammtsache, bey welcher es nur auf das Ganze, und nicht auf die Specialität der einzelnen Theile ankömmt, aus denen sie besteht, welche aufhören, als eigene für sich bestehende Gegenstände angesehen zu werden (§ 302 Nr. 4). Es gehört daher dasjenige, was durch die Veräußerung der Verlassenschaftsstücke eingegangen ist, gleichfalls zur Verlassenschaft. — Indem also der Geklagte dem Kläger die Verlassenschaft zu extradiren hat, hat er ihm auch die für die einzelnen Verlassenschaftsstücke einge-

hobenen Summen auszuhändigen. — Wäre dieses nicht der Fall, so würde sich derjenige, dem die Erbschaft irrig eingeantwortet ist, ohne irgend einen Rechtsanspruch zum Schaden des wahren Erben bereichern. — Man könnte zwar gegen diese Bemerkung einwenden, daß man aus diesem Grunde auch den Eigenthümer einer einzelnen Sache gegen den gewesenen redlichen Besitzer das Recht einräumen müßte, auf Herausgabe des für die Sache eingenommenen Kaufschillings zu klagen. — Allein in dem hier berührten Falle steht dem Eigenthümer frey, die Sache von dem gegenwärtigen Besitzer selbst zu vindiciren, welcher dann seinen Vormann um die Vertretungsleistung angehen wird. Dieses kann jedoch der Erbe hier nicht, wie aus den Schlußworten dieses §. erhellet.

5) Dagegen hat der unredliche Besitzer einer Erbschaft nicht nur alle durch den unredlichen Besitz erlangten Vortheile zurück zu stellen, sondern auch diejenigen, welche der Verkürzte erlangt haben würde; ferner allen durch seinen Besitz entstandenen Schaden, und zwar, wenn er durch eine in dem Strafgesetze verbothene Handlung zum Besitze gelangt ist (§. 542), nach dem Werthe der besonderen Vorliebe zu ersetzen. Welche Ersatzesansprüche der redliche und unredliche Besitzer der Erbschaft an den wahren eigentlichen Erben zu stellen haben, ist aus den §§. 331, 332 und 336 zu entnehmen.

6) Ein dritter redlicher Besitzer kann auf Zurückstellung der in der Zwischenzeit erworbenen Erbstücke, sie mögen von einem redlichen oder unredlichen Besitzer auf eine entgeldliche oder unentgeldliche Art erworben worden seyn, nicht belanget werden.

Sechzehntes Hauptstück.

Von der Gemeinschaft des Eigenthums und anderer dinglichen Rechte.

§. 825.

Ursprung einer Gemeinschaft.

So oft das Eigenthum der nähmlichen Sache, oder ein und dasselbe Recht mehreren Personen ungetheilt zukommt; besteht eine Gemeinschaft. Sie gründet sich auf eine zufällige Ereignung, auf ein Gesetz, auf eine letzte Willenserklärung, oder auf einen Vertrag.

1) Eine Gemeinschaft setzt stets einen Gegenstand, an welchem Mehrere Theil haben, voraus. Dieser Gegenstand kann das Eigenthum einer und der nähmlichen Sache, oder nur ein einzelnes (dingliches) Recht in der Sache, z. B. das Besitz-, Pfand-, Servituts-, oder das zuletzt abgehandelte Erbrecht seyn. Darum fand der österreichische Gesetzgeber auch am schicklichsten, die Vorschriften über eine solche Gemeinschaft hier am Schlusse der dinglichen Sachenrechte vorzutragen. Da übrigens der österreichische Gesetzgeber nicht nur allein körperliche Sachen, sondern auch persönliche Forderungen unter dem Ausdruck Sachen begreift, daher es auch ein Eigenthum solcher persönlichen Sachenrechte gibt, — so kann es auch in Bezug auf persönliche Forderungen eine Gemeinschaft geben.

2) Eine Gemeinschaft dinglicher Rechte entspringt: a) aus einer zufälligen Ereignung, indem z. B. mehrere Personen zu gleicher Zeit sich der nähmlichen Sache bemächtigen (§. 394), oder wenn Gegenstände verschiedener Eigenthümer vermengt werden (§ 415); b) aus dem Gesetze, durch ein gleiches gesetzliches Erbrecht (§. 732); c) aus einer letzten Willenserklärung, wodurch Mehreren eine Erbschaft (§. 555) oder ein Vermächtniß einer

Sache, oder eines Rechtes zugedacht wird; d) aus einem Vertrage (§. 1175).

§ 826.

Nach Verschiedenheit der Quellen, aus denen eine Gemeinschaft entspringt, erhalten auch die Rechte und Pflichten der Theilhaber ihre nähere Bestimmung. Die besonderen Vorschriften über eine durch Vertrag entstehende Gemeinschaft der Güter sind in dem siebenundzwanzigsten Hauptstücke enthalten.

1) Aus der besonderen Quelle, wodurch eine Gemeinschaft gegründet wird, muß man, wie von Zeiller bereits bemerkt hat, beurtheilen, was den Gegenstand der Gemeinschaft ausmache; unter welchen Personen sie bestehe; welcher Antheil jedem Theilhaber gebühre; endlich ob und wie lange die Gemeinschaft fortgesetzt werden soll. — Obschon übrigens auf die Art und Weise des Ursprungs einer Gemeinschaft sehr viel ankömmt, so hängen doch die Verhältnisse der, in Gemeinschaft sich befindenden Personen nicht bloß von der Entstehung, sondern auch von der Beschaffenheit und dem Gegenstande der Gemeinschaft ab; und der Unterschied in der Entstehungsart hat zuweilen auf die rechtlichen Wirkungen der Gemeinschaft keinen erheblichen Einfluß. So kann z. B. die Gemeinschaft der Miterben sowohl durch eine letztwillige Verordnung, als durch die gesetzliche Erbfolge, welche ihren Grund theils im Gesetze, theils in der zufälligen Begebenheit der Verwandtschaft mit dem Erblasser hat, entstehen, ohne daß die rechtlichen Wirkungen dieser Gemeinschaft sich dadurch verschiedenheitlich gestalteten. Dagegen hat z. B. die Gemeinschaft, welche durch Zuwachs entsteht, seine besonderen rechtlichen Eigenheiten (§. 415).

2) Die Hauptgegenstände einer Gemeinschaft, in die man auch ohne Vertrag gerathen kann, sind: a) eine Erbschaft, b) eine einzelne gemeinschaftliche (körperliche) Sache, und c) insbesondere die Gränzen benachbarter Grundstücke. — In Ansehung der

Gemeinschaften, welche aus Verträgen entstehen, wird besonders auf die im siebenundzwanzigsten Hauptstücke, welches von dem Vertrage über eine Gemeinschaft der Güter handelt, enthaltenen Vorschriften gewiesen.

§ 827.

Wer einen Antheil an einer gemeinschaftlichen Sache anspricht, der muß sein Recht, wenn es von den übrigen Theilnehmern widersprochen wird, beweisen.

1) Bey einer Gemeinschaft kömmt es vor Allem auf die Beantwortung der Frage an: wer sich in der Gemeinschaft befinde? — Die Textirung des gegenwärtigen Paragraphes setzt den Fall voraus, daß eine Sache wenigstens zweyen Personen unwidersprochen angehöret, daß dann aber auch noch eine dritte, oder vierte u. s. w. Person sich mit einem Anspruche meldet und behauptet, daß auch ihr ein Antheil an der Sache gebühre. — Nach der klaren Absicht des Gesetzgebers sowohl, als aus dem Inhalte der §§. 360 — 362 aber gehet hervor, daß die Vorschrift des gegenwärtigen §. auch dann eintrete, wenn Jemand eine (körperliche oder unkörperliche) Sache bisher ausschließend besessen hat, und nun ein Anderer einen Theil an dieser bisher als Alleineigenthum besessenen Sache anspricht. Eben so sind diejenigen, welche sich im Mitbesitze einer Sache befinden, in so lange darin zu schützen, bis von Einem oder Einigen derselben das ausschließende Recht bewiesen wird.

2) Doch beweiset, wie bereits Herr Hofrath von Zeiller bemerkte, die Ausübung eines Rechtes in einer Sache, wodurch der Eigenthümer beschränket wird (z. B. die Fruchtnießung), nicht sogleich ein Miteigenthum oder eine Gemeinschaft (§. 361). Auch die Eintheilung des Eigenthums in ein vollständiges und unvollständiges ist verschieden von der Eintheilung in das Alleineigenthum und das Miteigenthum; nur ist dabey nicht zu übersehen, daß auch der Nutzungseigenthümer einen Antheil an der Proprietät habe (§. 357), folglich mit dem Obereigenthümer in einer Gemeinschaft stehe.

§. 828.

Gemeinschaftliche Rechte der Theilhaber.

So lange alle Theilhaber einverstanden sind, stellen sie nur Eine Person vor, und haben das Recht, mit der gemeinschaftlichen Sache nach Belieben zu schalten. Sobald sie uneinig sind, kann kein Theilhaber in der gemeinschaftlichen Sache eine Veränderung vornehmen, wodurch über den Antheil des Andern verfügt würde.

§. 829.

Recht des Theilhabers auf seinen Antheil.

Jeder Theilhaber ist vollständiger Eigenthümer seines Antheils. In so fern er die Rechte seiner Mitgenossen nicht verletzt, kann er denselben, oder die Nutzungen davon willkührlich und unabhängig verpfänden oder sonst veräußern (§. 361).

1) Nachdem das Gesetz den Begriff einer Gemeinschaft aufgestellt, und den Ursprung derselben nachgewiesen hat, geht es auf die Entwickelung der Rechte über, welche den Theilhabern theils einzeln in Rücksicht ihrer Antheile, theils vereinigt in Rücksicht der ganzen gemeinschaftlichen Sache zukommen (§§. 828 832).

2) Bey jeder Gemeinschaft muß man die Sache, worauf den einzelnen Theilhabern ein gemeinschaftliches Recht zusteht, sorgfältig von dem Rechte unterscheiden, welches jedem der einzelnen Theilhaber aus der Gemeinschaft zukömmt. In Bezug auf die erstere steht nur allen Theilhabern zusammen dasjenige Recht zu, welches außer dem Falle der Gemeinschaft derjenigen Person zukommen würde, die sich im ausschließlichen Genusse des Eigenthums, — oder anderen dinglichen Rechtes auf die Sache befände. — Alle Theilnehmer sind daher in Bezug auf die gemeinschaftliche Sache nur als Eine Person anzusehen, und

da Eine Person auch nur einen einzigen Willen haben kann, so können sie auch nur in so ferne für Eine Person angesehen werden, als sie in Ansehung der mit der Sache zu treffenden Verfügungen vollkommen einverstanden sind. Sind sie unter sich uneinig, so kann keine solche Veränderung in der Sache erfolgen, wodurch auch über den Antheil des Andern verfügt würde; wobey bemerkt werden muß, daß der Antheil, den jeder Theilhaber an der gemeinschaftlichen Sache hat, nicht in einem physischen Bestandtheile derselben bestehe, und daß, wenn man die gemeinschaftliche Sache in mehrere physische Theile zergliedert, jedem der Theilhaber auf jeden dieser physischen Theile eben dasselbe Recht zustehet, welches demselben in Bezug auf die ganze Sache zugestanden ist. — Der jedem Theilhaber an einer gemeinschaftlichen Sache zustehende Antheil ist bloß ein ideeller, nicht im Objecte, sondern nur im Subjecte liegender; denn nicht die Sache selbst, sondern das Recht auf die Sache ist getheilt.

3) Da aber alles dasjenige, was Jemanden zugehört, alle seine körperlichen und unkörperlichen Sachen, sein Eigenthum sind (§. 553), so ist auch das Recht, welches dem einzelnen Theilhaber aus der Gemeinschaft zusteht, d. i. sein ideeller Antheil an der Sache auch sein Eigenthum, worüber er nach Willkühr zu schalten, und jeden Anderen davon auszuschließen befugt ist. — Er kann daher die auf ihn entfallenden Nutzungen davon beziehen oder nicht beziehen; er kann seinen Theil entgeldlich, oder unentgeldlich veräußern, oder auch gänzlich verlassen (§. 362).

4) Wenn ein Theilhaber seinem Antheile gänzlich entsagt, ohne denselben an einen Dritten abzutreten; so wächst derselbe ganz natürlich den übrigen Theilhabern zu. Denn das Recht jedes einzelnen Theilhabers dehnt sich auf alle einzelnen Theile der Sache aus, und wird lediglich durch die gleichen Rechte der übrigen Theilhaber beschränkt; wenn nun einer derselben auf seinen Antheil Verzicht leistet, so fällt dadurch für die übrigen eine Schranke weg, und ihre Rechte müssen sich daher in eben dem Maße erweitern, als sie durch das bisher ausgeübte Recht des ausgetretenen Theilnehmers beschränkt worden sind. Die Wahrheit des hier Gesagten ergibt sich selbst aus den Eingangsworten des §. 328;

denn wenn alle Theilhaber, so lange sie einverstanden sind, nur Eine Person vorstellen, so müssen in dem Falle, als Einer davon aufhört, Theilhaber zu seyn, die übrigen Theilhaber diese Eine Person ausmachen, welcher das Recht zusteht, mit der Sache nach Belieben zu schalten. Es kommen sohin in diesem Falle nach Hinwegfallen eines Theilhabers den noch übrigen Theilhabern eben jene Rechte auf die Sache zu, welche früher allen Theilhabern, den nunmehr Hinweggefallenen dazu gerechnet, zusammen zugestanden waren; welches mit anderen Worten dadurch ausgedrückt wird, daß man sagt: es kommt nach dem Hinwegfallen eines Theilhabers, der seinen Antheil an Niemanden abgetreten hat, den übrigen Theilhabern das Zuwachsrecht zu. Eine Ausnahme von dem Gesagten tritt bey der aus einer letztwilligen Anordnung entspringenden Erbfolge in dem Falle ein, wenn der Erblasser die Erben mit Bestimmung der Theile eingesetzt hat (§. 560 — 562), oder wenn er Mehreren auf gleiche Art ein Vermächtniß hinterlassen hat (§. 689), und Einer oder der Andere den Erbtheil oder das Vermächtniß nicht annehmen kann oder will. Allein auch in diesem Falle wird vorausgesetzt, daß die Erbschaft noch nicht eingeantwortet wurde, und das Vermächtniß noch nicht durch Uebergabe das Eigenthum der Legatare geworden ist.

5) Um die hier vorgetragenen Grundsätze deutlicher zu fassen, wollen wir uns dieselben durch ein Beyspiel anschaulich machen. Setzen wir z. B. den Fall, der A, B u. C besitzen mitsammen ein Haus. Hier haben alle drey gleichen Anspruch auch auf alle einzelnen Bestandtheile des Hauses, und keiner aus denselben darf sich den geringsten Bestandtheil ohne Einwilligung der übrigen zur ausschließenden Benützung zueignen, weil das nähmliche Recht, welches dem A auf diesen Bestandtheil zusteht, auch den B und C gebühret. Dagegen waltet kein Hinderniß ob, daß jeder aus diesen dreyen Theilhabern das ihm aus der Gemeinschaft zustehende Recht einem Vierten, z. B. der A dem D abtrete, in welchem Falle dann der D ganz an die Stelle des B tritt; er kann auch sein Recht einem aus den Theilhabern, z. B. der A das seinige dem B übertragen, in welchem Falle der B das

Recht ausüben kann, welches früher ihm selbst und dem A zustand. Er wird sohin, wenn z. B. das Haus vermiethet ist, zwey Drittheile an den Zinsungen beziehen, während der C nur Ein Drittheil davon einzunehmen hat. — Gibt z. B. der A sein Recht unbedingt auf, ohne dasselbe einem Andern zu übertragen, so bleiben lediglich B und C Eigenthümer desselben; und so wie früher dieselben nur im Einverständnisse des A mit dem Hause frey verfügen konnten, so genügt gegenwärtig lediglich ihre beyderseitige Uebereinstimmung.

§. 830.

Jeder Theilhaber ist befugt, auf Ablegung der Rechnung und auf Vertheilung des Ertrages zu dringen. Er kann in der Regel auch die Aufhebung der Gemeinschaft verlangen; doch nicht zur Unzeit, oder zum Nachtheile der Uebrigen. Er muß sich daher einen, den Umständen angemessenen, nicht wohl vermeidlichen Aufschub gefallen lassen.

1) Der Eingang des gegenwärtigen §. setzt voraus, daß die Verwahrung und Verwaltung der gemeinschaftlichen Sache Einem oder Einigen aus den Theilhabern, oder auch einer dritten Person bereits zugewiesen ist; denn haben sämmtliche Theilnehmer die Sache im Gewahrsame, und beziehen sie die Nutzungen derselben in natura gemeinschaftlich, so kann von einer Ablegung der Rechnung und Vertheilung des Ertrages keine Rede seyn. Wie es aber kommen könne, daß die gemeinschaftliche Sache Einem oder Mehreren aus den Theilhabern, oder auch einer dritten Person zugewiesen werde, wird weiter unten (§§. 835 — 836) vorkommen.

2) Der gegenwärtige §. räumt jedem Theilhaber in der Regel das Recht ein, die Aufhebung der Gemeinschaft zu verlangen. Dieses gilt jedoch nur für seinen Antheil; denn über die Antheile der übrigen Theilhaber steht ihm kein Verfügungsrecht zu, und er kann daher auch nicht hindern, daß, nachdem

er mit seinem Antheile abgefertiget ist, die übrigen Theilhaber in Bezug auf ihre Antheile die Gemeinschaft fortsetzen. — Dagegen wollte der Gesetzgeber dem Theilhaber das Recht nicht benehmen, seinen Antheil aus der Verbindung der übrigen, durch welche er in der Benützung seines Eigenthums eingeschränkt wird, zu nehmen, und zwar um so mehr, als er in Erwägung zog, daß eine erzwungene Gemeinschaft gemeiniglich zu einer Quelle zahlloser Streitigkeiten werde.

Ausnahmen von dieser Regel kommen theils in den folgenden beyden Paragraphen vor; theils führt der gegenwärtige §. selbst Eine derselben an.

3) Es kann nähmlich nach Inhalt desselben die Aufhebung der Gemeinschaft oder die Theilung nicht zur Unzeit verlangt werden, d. i. gerade zu einer Zeit, wo sie nach Beschaffenheit der Sache nicht ordentlich vorgenommen werden kann, oder den anderen Gliedern nachtheilig seyn würde. — Herr Hofrath v. Zeiller führt hierüber als Beyspiele an: wenn es noch ungewiß wäre, ob oder in wie fern das Verhältniß einer, Mehreren gemeinschaftlich zugedachten Sache bestehen könne (§. 692), oder wenn eben die Rechnung über die Verwaltung abgeschlossen, oder ein Rechtsstreit über die gemeinschaftliche Sache beendet werden soll, oder wenn auf die Theilung einer Handlung eben zur Messezeit gedrungen werden wollte u. dgl.

4) Ob wirklich der Fall vorhanden sey, daß von den übrigen Theilhabern die Aufhebung der Gemeinschaft gehindert werden könne, muß im Falle eines sich hierüber entspinnenden Streites von dem Richter nach ordentlicher Verhandlung im Rechtswege durch Urtheil entschieden werden, in welchem zugleich zu bestimmen seyn wird, wie lange dieser Aufschub zu dauern habe.

§. 831

Hat sich ein Theilhaber zur Fortsetzung der Gemeinschaft verbunden, so kann er zwar vor Verlauf der Zeit nicht austreten; allein, diese Verbindlichkeit wird, wie andere Verbindlichkeiten aufgehoben, und erstreckt sich nicht auf die Er-

ben, wenn diese nicht selbst dazu eingewilliget haben.

Eine Ausnahme von der obigen Regel, daß jeder Theilhaber die Aufhebung der Gemeinschaft verlangen könne, tritt in dem Falle ein, wenn er sich zur Fortsetzung der Gemeinschaft insbesondere verbunden hat. Dieses kann, wenn sich die Gemeinschaft auf einen Vertrag gründet, gleich ursprünglich, oder wenn die Gemeinschaft auf andere Art entstanden ist, in der Folge geschehen. In dem einen oder andern Falle ist der Theilhaber so lange in der Gemeinschaft zu verbleiben verbunden, als er sich hierzu anheischig gemacht hat. So wie jede andere Verbindlichkeit, wird auch diese aufgehoben. Sie hört also auch während der Zeit, für welche sich der Theilhaber zur Fortsetzung der Gemeinschaft verbindlich gemacht hat, auf, wenn die übrigen Theilhaber dem Rechte, die Fortsetzung der Gemeinschaft zu verlangen, entsagen (§. 1444), oder wenn der Theilhaber auch die Antheile der übrigen an sich bringt, und sie mit seinem Antheile vereiniget (§. 1445), oder wenn die gemeinschaftliche Sache zu Grunde geht (§. 1447). Auch durch den Tod des Theilhabers hört diese Verbindlichkeit auf, und geht auf die Erben selbst in dem Falle nicht über, wenn in dem Vertrage, in dem der Theilhaber die Fortsetzung der Gemeinschaft zugesichert hat, diese Verbindlichkeit ausdrücklich auf die Erben ausgedehnt hätte. — Diesem steht jedoch nicht entgegen, daß der Erblasser dem Erben (in so fern er nicht Notherbe ist) in seiner letzten Willenserklärung ausdrücklich die Fortsetzung der Gemeinschaft auftrage. — Nur kann sich kein Theilhaber gegen die anderen Theilhaber hierzu verbindlich machen. — Ob in einer Vertragsgemeinschaft die Erben hierzu verpflichtet werden können, wird §. 1208 bestimmt.

§ 832.

Auch die Anordnung eines Dritten, wodurch eine Sache zur Gemeinschaft bestimmt wird, muß zwar von den ersten Theilhabern, nicht auch

von ihren Erben befolgt werden. Eine Verbindlichkeit zu einer immerwährenden Gemeinschaft kann nicht bestehen.

So sehr das Gesetz sonst das freye Verfügungsrecht des Eigenthümers begünstigt, so beschränkt es dasselbe doch hier dergestalt, daß auch der Stifter einer Gemeinschaft, z. B. ein Erblasser, welcher eine Sache Mehreren zur Gemeinschaft vermacht, nur die ersten Theilhaber, nicht auch ihre Erben zur Fortsetzung der Gemeinschaft verbinden, noch minder aber eine immerwährende Gesellschaft gründen könne.

§. 833.

Rechte der Theilhaber in der gemeinschaftlichen Sache: a) In Rücksicht des Hauptstammes.

Der Besitz und die Verwaltung der gemeinschaftlichen Sache kommt allen Theilhabern insgesammt zu. In Angelegenheiten, welche nur die ordentliche Verwaltung und Benützung des Hauptstammes betreffen, entscheidet die Mehrheit der Stimmen, welche nicht nach den Personen, sondern nach Verhältniß der Antheile der Theilnehmer gezählet werden.

1) Bis zur Theilung muß die gemeinschaftliche Sache verwahret und verwaltet werden. Hierzu steht allen Theilhabern ein Recht zu (§. 828). Die Verwaltung ist, wie von Zeiller bemerkt, theils eine ordentliche, welche nach der Beschaffenheit des Gegenstandes gewöhnlicher Weise Statt findet; theils eine außerordentliche, welche in wichtigen, durch besondere Umstände veranlaßten Veränderungen besteht. Worin die ordentliche und die außerordentliche Verwaltung bestehe, kann in Anwendung für einzelne Fälle aus dem entnommen werden, was in dem Hauptstücke von den Vormundschaften und Curatelen §. 233 gesagt worden ist.

2) Der §. sagt, daß der Besitz der gemeinschaftlichen Sa-

che allen Theilhabern insgesammt zukomme. In dem Besitze ist aber die Gewahrsame eingeschlossen; nun ist es aber nicht immer möglich, daß die Sache in gemeinschaftlicher Gewahrsame gehalten werde; und es frägt sich daher, wer in einem solchen Falle die Gewahrsame der Sache zu übernehmen habe? — Hier ist nun zu unterscheiden, ob mit der Gewahrsame der Sache theilbare, oder solche Nutzungen verbunden sind, die nach Gelde geschätzt werden können; oder ob mit der Gewahrsame eine untheilbare und unschätzbare Nutzung dergestalt verbunden sey, daß dieselbe ohne die Gewahrsame nicht genossen werden kann, z. B. wenn mehreren Violinspielern eine treffliche Geige als Eigenthum zugefallen wäre. — Im ersteren Falle wird durch die Mehrheit der Stimmen entschieden werden müssen, wem die Verwahrung der Sache anvertraut werden solle; im zweyten Falle kann aber dieses nicht Statt haben, weil die Nutzungen, die aus der Sache zu ziehen sind, von der Innhabung der Sache nicht getrennt werden können. Es muß also in dem letzteren Falle die Gewahrsame unter den Theilnehmern dergestalt abwechseln, daß die Dauer der Innehabung eines jeden nach dem Verhältnisse seines Antheils an der gemeinschaftlichen Sache sich richte. Wer mit der Gewahrsame den Anfang mache, und wie die Theilnehmer darin einander folgen, muß nach der Analogie des §. 841 mit Einverständniß eines jeden Theilnehmers bestimmt werden, und es kann hier keine Mehrheit der Stimmen gelten; denn es handelt sich hier um eine Theilung, wo die Vortheile und Rechte der einzelnen Theilhaber unter sich in Collision gerathen. Können sie nun unter sich nicht einig werden, so entscheidet das Loos, oder ein Schiedsmann, oder, wenn sie sich über die Bestimmung der einen oder der anderen nicht einhellig vereinigen, der Richter.

3) Wenn bey der ordentlichen Verwaltung einer gemeinschaftlichen Sache immer Einhelligkeit der Stimmen unter den Theilhabern erzielt werden müßte, so würde selbe zum offenbaren gemeinschaftlichen Nachtheile verzögert, ja! in manchen Fällen sogar unmöglich gemacht werden. Daher bestimmt das Gesetz in dem gegenwärtigen §., daß in Angelegenheiten der

ordentlichen Verwaltung die Mehrheit der Stimmen entscheide; welche jedoch nicht nach der Anzahl der Personen, sondern nach den Antheilen der Genossen zu berechnen ist. Der Grund der Vorschrift liegt, wie von Zeiller bemerkt, in dem größeren Interesse, welches die beträchtlicheren Theilhaber an der guten Verwaltung der gemeinschaftlichen Sache nehmen, und welches sie zu einer überlegteren Entscheidung und thätigeren Beywirkung anspornen muß. Aus dieser gesetzlichen Anordnung folgt auch, daß, wenn nur zwey Theilhaber einer gemeinschaftlichen Sache vorhanden sind, deren Theile jedoch ungleich sind, die ordentliche Benützung und Verwaltung des Hauptstammes demjenigen zu überlassen ist, dessen Antheil mehr beträgt. Sind die Antheile gleich, und die Theilhaber nicht einig, oder kömmt bey der Abstimmung zwischen mehreren Theilgenossen keine Stimmenmehrheit zu Stande, so hätte nach der Vorschrift des §. 835 der Richter zu entscheiden, welche aus den verschiedenen Meinungen in Wirksamkeit zu treten habe.

§. 834.

Bey wichtigen Veränderungen aber, welche zur Erhaltung oder besseren Benützung des Hauptstammes vorgeschlagen werden, können die Ueberstimmten Sicherstellung für künftigen Schaden; oder, wenn diese verweigert wird, den Austritt aus der Gemeinschaft verlangen.

1) Es können sich außerordentliche Fälle ereignen, wo die bisherige ordentliche Verwaltung nicht mehr ausreicht, sondern theils zur Erhaltung oder Rettung des Gefahr laufenden Hauptstammes, theils zur einträglicheren Benützung desselben wichtige Veränderungen vorzunehmen sind. Es soll z. B. das alte baufällige Gebäude niedergerissen, und ein neues aufgeführt, oder es soll das Gebäude zur Erhöhung der Miethzinse, obschon mit beträchtlichem Aufwande, erhöhet, oder es soll eine andere Art der Verwaltung oder Benützung des Hauptstammes einge-

führt werden. [1]) Auch in solchen Fällen entscheidet die Mehrheit der Stimmen; jedoch haben sich die Ueberstimmten nicht so, wie es bey der ordentlichen Verwaltung der Fall ist, dem Beschlusse der Mehrheit ganz unbedingt zu unterwerfen, sondern das Gesetz räumt ihnen hier zum Schutze ihrer Rechte, welche ihnen in Ansehung der Erhaltung des Hauptstammes zustehen, und durch die nach der Mehrheit der Stimmen zu treffende Verfügung Gefahr laufen könnte, oder zur Vermeidung des Nachtheiles, der ihnen aus der längeren Entbehrung der Nutzungen zugehen könnte, solche Befugnisse ein, bey denen sie sich beruhigen können.

2) Es können nähmlich dieselben verlangen, daß ihnen die überwiegenden Stimmenführer Sicherheit leisten.

Es frägt sich nun hier, welches eigentlich der Gegenstand sey, für welchen die überwiegenden Stimmführer Sicherheit leisten müssen? — Es ist zu unterscheiden, ob es sich um eine Verfügung handelt, welche zur Erhaltung des Hauptstammes getroffen werden sollte, oder ob die beschlossene Veränderung lediglich die Erhöhung der Nutzungen zum Zwecke hat. — Im letzten Falle wird nur dafür Sicherstellung geleistet, daß die bisher bezogenen Nutzungen sich durch die zu treffende Veränderung nicht verringern, und im ersten Falle gehet die Leistung der Sicherheit dahin, daß die angetragene Veränderung zweckmäßig sey, und den Hauptstamm nicht vielmehr zerstöre als erhalte. —

3) Wird die Sicherstellung verweigert, so können die Ueberstimmten den Austritt aus der Gemeinschaft verlangen. Herr Hofrath von Zeiller erklärt diesen gesetzlichen Ausdruck dahin, daß den Ueberstimmten freystehe, aus der Gemeinschaft zu treten, und ihre Antheile an Mitglieder oder wohl auch an Fremde zu veräußern. — Allein zu einem Austritte von der Art bedarf es keiner ausdrücklichen Ermächtigung des Gesetzes; diese Art des Austrittes steht jedem Mitgliede zu jeder Zeit frey; denn jeder Theilhaber ist vollständiger Eigenthümer seines An-

1) Siehe Zeillers Commentar.

theiles, und kann daher mit demselben nach Belieben verfügen, folglich auch denselben an Mitglieder oder an Fremde veräußern (§. 361 u. 839). Dieser Ausdruck scheint daher vielmehr dahin gedeutet werden zu müssen, daß die Ueberstimmten das Recht haben, die Aufhebung der Gemeinschaft zu verlangen. — Diese Behauptung steht auch mit dem Inhalte der §§. 830 und 835 in voller Harmonie, indem der erstere jedem Theilhaber in der Regel das Recht einräumet, die Aufhebung der Gemeinschaft zu verlangen, wenn sie nicht zur Unzeit geschehen soll, und der letztere eben von dem Falle eine Erwähnung macht, wenn der Austritt zur Unzeit geschehen soll. Jeder Zweifel verschwindet aber, wenn man zum Ueberflusse noch den §. 645 des zweyten Theiles des Gesetzbuches für Westgallizien damit vergleicht, der folgendermaßen lautet: „Doch haben die Ueberstimmten das Recht, entweder die Aufhebung der Gemeinschaft, oder, wenn diese zur Unzeit wäre, Sicherstellung für künftigen Schaden zu verlangen."

§. 835.

Wollen sie nicht austreten, oder geschähe der Austritt zur Unzeit; so soll das Loos, ein Schiedsmann, oder, wofern sie sich darüber nicht einhellig vereinigen, der Richter entscheiden, ob die Veränderung unbedingt, oder gegen Sicherstellung Statt finden soll oder nicht. Diese Arten der Entscheidung treten auch bey gleichen Stimmen der Mitglieder ein.

1) Wenn nun die Ueberstimmten aus der Gemeinschaft nicht austreten wollen, oder wenn sich die übrigen Theilhaber der Aufhebung der Gemeinschaft aus dem Grunde entgegensetzen, weil selbe gegenwärtig nicht an der Zeit sey, und dieser Grund auch richtig befunden wird, oder die Ueberstimmten wenigstens dießfalls keinen Rechtsstreit abführen wollen; — so verweiset das Gesetz die Gemeinschaftsglieder auf die bekannten Mittel einer Ausgleichung in der Güte, nähmlich auf das Loos,

oder die Erwählung eines Schiedsmannes, wodurch entschieden werden soll, ob die Veränderung unbedingt, oder gegen Sicherstellung, oder gar nicht Statt finden soll. — Doch müssen sämmtliche Theilhaber darüber einig seyn, ob sie die Entscheidung dieser Frage dem zufälligen Ausschlage des Losens anheim stellen, oder selbe dem Ausspruche eines Schiedsrichters überlassen wollen. Im letzteren Falle müssen sie sich auch über die Person des Schiedsrichters vereinigen, worüber dann nach den Vorschriften der Gerichtsordnung (§. 270) eine schriftliche Urkunde zu errichten ist. — — Der §. 273 der G. O. verbindet die Parteyen nur dann, sich dem Ausspruche des Schiedsrichters unbedingt zu fügen, wenn sie ausdrücklich es bey dem Ausspruche des Schiedsrichters zu belassen bedungen und sich aller Beschwerdeführung begeben haben; und der §. 274 stellt außer diesem Falle jedem Theile frey, nach dem ergangenen Ausspruche die Streitsache bey dem ordentlichen Richter anhängig zu machen, und ohne Rücksicht auf den Ausspruch des Schiedsrichters abzuführen. Diese Vorschrift der Gerichtsordnung scheint jedoch auf den im gegenwärtigen §. berührten Fall von keiner Anwendung zu seyn, weil a) der gegenwärtige §. die obige Frage nur dann dem ordentlichen Richter zur Entscheidung anweiset, wenn sich die Theilhaber über die vorgeschlagenen Ausgleichungsmittel nicht vereinigen könnten, und b), weil die Gerichtsordnung einen ordentlichen Streitgegenstand voraussetzt, für dessen Entscheidung die gesetzlichen Normen bestehen, die dann in einem solchen Falle von dem ordentlichen Richter in Anwendung zu bringen sind. Hier aber soll ganz umgekehrt der Ausspruch des Schiedsrichters das Gesetz suppliren, welches im allgemeinen absichtlich keine bestimmte Norm aufstellen, sondern von Fall zu Fall die Entscheidung dem bloßen Zufalle oder dem Billigkeitsgefühle anheim stellen wollte, c) und endlich weil in den Fällen, welche das siebenundzwanzigste Capitel der Gerichtsordnung voraussetzt, der Schiedsrichter die Stelle des ordentlichen Richters vertritt, nach dem Inhalte des gegenwärtigen §. aber der ordentliche Richter nur subsidiarisch für den Fall eintritt, wenn sich die Theilhaber nicht über die Aus-

wahl der ihnen vom Gesetze selbst angebothenen gütlichen Ausgleichungsmittel einigen könnten.

2) Kann nun über die Anwendung der hier vom Gesetze den Theilhabern dargebothenen Ausgleichungsmittel kein Einverständniß erwirket werden, so kann der eine oder andere Theil verlangen, daß ihre Angelegenheit dem ordentlichen Richter zur Entscheidung übergeben werde. — Es frägt sich hier: ob diese Entscheidung im ordentlichen Rechtswege, nach einem förmlichen gerichtsordnungsmäßigen Verfahren, zu erfolgen habe? Herr Hofrath von Zeiller sagt in seinem Commentare, es könne der eine oder andere Theil verlangen, daß im ordentlichen Rechtswege, oder wenigstens nach Einvernehmung der Gegner, die richterliche Entscheidung eintreten soll, und läßt sohin die Beantwortung obiger Frage etwas zweifelhaft. Meine Ueberzeugung geht nun dahin, daß der Richter in dem vorliegenden Falle an den ordentlichen Gang des Prozesses nicht gebunden sey; denn die Aufgabe des ordentlichen Richters ist im ordentlichen Wege des Prozesses keine andere, als die bereits bestehenden Gesetze auf den seiner Entscheidung unterlegten Fall anzuwenden und auszusprechen, was in demselben nach den bestehenden Gesetzen Rechtens sey. — Im vorliegenden Falle aber gibt das Gesetz keine allgemeine Norm an, in welchen Fällen die überwiegenden Stimmführer Sicherstellung für künftigen Schaden zu leisten haben oder nicht; der Richter hat daher lediglich nach Gründen der Billigkeit zu entscheiden. Er übernimmt sohin hier eigentlich bloß ein Schiedsrichteramt, wobey er nicht nach den strengen Regeln des Rechtes, sondern nach Klugheitsregeln zu verfahren hat. Er wird daher beyde Theile vernehmen, und Amtswegen jene Erhebungen veranlassen, welche er nöthig findet, um einen billigen Ausspruch fällen zu können. — Uebrigens versteht es sich von selbst, daß, bevor die Frage der Sicherstellung nicht auf dem einen oder anderen Wege ausgemacht ist, die Veränderung nicht vorgenommen werden könne [1]).

3) Kömmt in allen jenen Angelegenheiten, in welchen die Mehrheit der Stimmen entscheidet, bey der unter den Theilha-

1) Vergl. §. 811 Nr. 4.

bern zu pflegenden Abstimmung keine Stimmenmehrheit zu Stande, so weiset hier das Gesetz die Theilhaber an, auf eben diesem Wege die Entscheidung zu erwirken. Es liegt in der Natur der Sache, daß hier nur diejenigen Meinungen berücksichtiget werden können, welche die meisten Stimmen für sich haben. Setzen wir z. B.: acht Personen besitzen gemeinschaftlich ein Haus, welches zu vermiethen ist. Drey derselben wollen dasselbe dem A, drey andere dem B und die übrigen zwey dem C in Miethe überlassen. Hier wird die Frage nun entstehen: ob das Haus dem A oder dem B vermiethet werden sollte, die zwey übrigen, für den C lautenden Stimmen wären in keine Betrachtnng mehr zu ziehen.

§. 836.

Ist ein Verwalter der gemeinschaftlichen Sachen zu bestellen, so entscheidet über dessen Auswahl die Mehrheit der Stimmen, und in deren Abgang der Richter.

Eine gemeinschaftliche Verwaltung ist, besonders wenn die Glieder der Gemeinschaft zahlreich sind, selten gedeihlich; auch sind nicht immer alle Mitglieder der Gemeinschaft in der Lage, auf die Verwaltung unmittelbaren Einfluß nehmen zu können. — Es erheischt daher in manchen Fällen die Nothwendigkeit, in anderen wenigstens die Klugheit, einen Verwalter der gemeinschaftlichen Sache zu bestellen. Sowohl über die Frage, ob ein Verwalter zu bestellen, als über die, wer hierzu auszuwählen sey, entscheidet nun gleichfalls die Mehrheit der Stimmen, welche nach der Vorschrift des §. 833 zu berechnen ist. — Läßt sich eine Stimmenmehrheit nicht erzielen, so treten die im vorigen §. angegebenen Ausgleichungsmittel, und am Ende die richterliche Entscheidung ein. In diesem Falle zeigt es sich auch auffallend, daß hier der Richter nicht in seiner eigentlichen Sphäre sich bewege; denn wie sollte sich die Führung eines ordentlichen Rechtsstreites über die Frage rechtfertigen lassen, ob der Titus oder Sempronius zum Verwalter der gemeinschaftlichen Sache zu bestellen sey?

§. 837.

Der Verwalter des gemeinschaftlichen Gutes wird als ein Machthaber angesehen. Er ist einerseits verbunden, ordentliche Rechnung abzulegen, andererseits aber befugt, alle nützlich gemachte Auslagen in Abrechnung zu bringen. Dieses gilt auch in dem Falle, wenn ein Theilgenosse ein gemeinschaftliches Gut ohne Auftrag der übrigen Theilnehmer verwaltet.

1) Sobald Jemand zum Verwalter eines gemeinschaftlichen Gutes ernannt wird, so ist er sowohl in Hinsicht auf die Gemeinschaft, als auch in Beziehung auf Andere, als ein Machthaber zu betrachten (§§. 1002 u. 1018), und es sind auf ihn, er mag nun selbst ein Mitglied oder ein Fremder seyn, überhaupt die im zwanzigsten Hauptstücke über die Bevollmächtigung aufgestellten Vorschriften anzuwenden.

2) Ein solcher Verwalter ist daher verpflichtet, die ihm übertragenen Verwaltungsgeschäfte emsig und redlich zu besorgen, und allen daraus hervorgehenden Nutzen den Theilhabern zu überlassen. Er ist dagegen auch berechtiget, alle Mittel anzuwenden, die mit der Natur des Geschäftes nothwendig verbunden, oder der erklärten Absicht der Mehrheit der Theilnehmer gemäß sind (§. 1009). Insbesondere aber ist er schuldig, über die Einnahmen und Ausgaben ordentliche Rechnung zu führen, und selbe den Theilhabern, so oft sie es verlangen, vorzulegen, und auch allen durch sein Verschulden verursachten Schaden denselben zu ersetzen (§. 1012). Dagegen sind auch die Theilhaber verbunden demselben allen nothwendig oder nützlich gemachten Aufwand, selbst bey fehlgeschlagenem Erfolge, zu vergüten, und auch einen angemessenen Vorschuß zu leisten (§. 1014). Auf eine Belohnung hat er nur in so fern Anspruch, als selbe entweder ausdrücklich bedungen, oder der Stand desselben von der Art ist, daß sie als stillschweigend bedungen angesehen werden kann (§§. 1004 u. 1019).

3) Zu einer Zeit, wo, wie beym Entstehen einer zufälligen Gemeinschaft, kein Verwalter bestellt ist, kann es keinem Theilhaber verwehrt seyn, sich der Verwaltung der Sache, um sie vor Schaden zu bewahren, anzunehmen. Da er dadurch nicht nur fremdes, sondern auch sein eigenes Geschäft besorget, so ist er aus seinem eigenen Interesse hierzu berufen. Um so mehr ist dieses der Fall, wenn er sich bereits im Besitze der gemeinschaftlichen Sache befindet. — Er ist in so lange, als die anderen Theilhaber gegen seine Verwaltung keine Einsprache erheben, als ein stillschweigend Bevollmächtigter anzusehen. — Würde aber die Mehrheit der übrigen Theilhaber darauf dringen, daß er die Verwaltung abgebe, und er würde sie dessen ungeachtet gegen ihren ausdrücklich erklärten Willen fortsetzen, so wäre er nach §. 1040 zu behandeln. Uebrigens versteht es sich hier von selbst, daß ein solcher stillschweigend bevollmächtiger Theilhaber nichts ohne Einstimmung der andern unternehmen kann, wozu eine besondere ausdrückliche Vollmacht erforderlich ist.

§. 838.

Wird die Verwaltung Mehreren überlassen, so entscheidet auch unter ihnen die Mehrheit der Stimmen.

Was in dem vorigen §. von einem einzelnen Verwalter gesagt worden ist, gilt auch von mehreren Personen, welchen gemeinschaftlich die Verwaltung anvertraut worden ist. In Angelegenheiten der ordentlichen Verwaltung gilt auch bey ihnen die Mehrheit der Stimmen, welche in dem Falle, als einige Mitglieder selbst als Verwalter aufgestellt wären, nicht nach dem Verhältnisse der Größe ihrer Antheile berechnet, sondern viritim gezählet wird, weil sie hier nicht in der Eigenschaft als Mitglieder, sondern als Machthaber anzusehen und zu behandeln sind.

§. 839.

b) Rechte der Theilhaber in Rücksicht der Nutzungen und Lasten.

Die gemeinschaftlichen Nutzungen und Lasten werden nach Verhältniß der Antheile ausgemessen.

Im Zweifel wird jeder Antheil gleich groß angesehen; wer das Gegentheil behauptet, muß es beweisen.

1) Nachdem das Gesetz die Rechte der Theilhaber in Beziehung auf die Verwaltung des Hauptstammes aufgeführt hat, geht es nun auf die Rechte derselben in Bezug auf die Nutzungen über. Da jedes Mitglied vollständiger Eigenthümer seines Antheiles ist, so ist es einleuchtend, daß ihm auch die Nutzungen im Verhältnisse zu seinem Antheil zukommen müssen; daß ihm aber dagegen auch obliege, in dem nähmlichen Verhältnisse zum Ersatze der Lasten beyzutragen. Bey einer ordentlichen Verwaltung und Rechnungslegung über den reinen Ertrag ergibt sich dieses, wie von Zeiller in seinem Commentar bemerkt, von selbst.

2) Zur Erläuterung des ersten Satzes im gegenwärtigen §. erlaube ich mir folgenden Fall aufzuführen, den Herr Dr. Gustav Alexander Bielitz bey Erläuterung der Vorschriften des preußischen Landrechtes gleichfalls zur besseren Verständlichkeit des Satzes, daß die Nutzungen nach Verhältniß der Antheile der Interessenten vertheilt werden, erzählet und entscheidet [1]). Zwey Reisende, von denen einer 5, der andere aber 3 Flaschen Wein bey sich hatte, beschlossen dieselben gemeinschaftlich zu trinken. Ein dritter Reisender kam dazu, und bath, ihn mittrinken zu lassen, welches die ersten Beyden ihm gestatteten. Nachdem die 8 Flaschen Wein ausgetrunken waren, setzte der dritte Reisende seine Reise fort, ließ aber für den genossenen Wein 8 Thaler zurück; und nun entstand die Frage: in welcher Art die ersten beyden Reisenden sich in diese 8 Thaler theilen sollten? — Erwäget man nun: daß bey einer gleichen Theilung des Weins jeder Mittrinker 2 2/3 Flaschen selbst verzehrt, und also der mit den 3 Flaschen dem dritten Reisenden nur 1/3 Flasche, der mit den 5 Flaschen hingegen demselben 2 1/3 Flasche gegeben hatte, so konnte Ersterer offenbar nur auf 1 Thaler von der, von dem dritten Reisenden dafür bezahlten Summe Anspruch machen, die übrigen 7 Thaler aber gehörten dem Besitzer der 5 Flaschen.

---

1) Dessen praktischer Commentar. 3. B. S. 702.

3) Ist es ausgemacht, daß eine Sache Mehreren gemeinschaftlich gehöre, und kann nicht ausgemittelt werden, wie groß der Antheil der einzelnen Mitglieder sey, so springt es in die Begriffe, daß jeder Theil gleich groß angesehen werden müsse, weil es außerdem an jedem Maßstabe gebrechen würde, die Antheile der Einzelnen zu bestimmen. — Kann in Bezug auf das eine oder andere Mitglied nachgewiesen werden, daß ihm ein größerer oder minderer Antheil gebühre, so gilt die hier aufgestellte Vermuthung der Gleichheit von dem Ueberreste der gemeinschaftlichen Sache [1]).

§. 840.

Ordentlicher Weise sind die erzielten Nutzungen in Natur zu theilen. Ist aber diese Vertheilungsart nicht thunlich; so ist Jeder berechtigt, auf die öffentliche Feilbiethung zu dringen. Der größte Werth wird den Theilhabern verhältnißmäßig entrichtet.

1) Die im ersten Satze enthaltene Vorschrift gründet sich auf die Betrachtung, daß jeder Eigenthümer das Recht habe, die aus seiner eigenthümlichen Sache erzielten Früchte, z. B. das Getreide, Obst, Wein u. s. w., in Natur zu beziehen, und sich nicht den Werth aufdringen zu lassen bemüssiget sey, und daß dieses Recht auch dem Miteigenthümer in Bezug auf seinen Antheil zustehe.

2) Allein nicht immer ist die Vertheilung der Nutzungen in natura thunlich. Die Nutzungen können nähmlich ihrer Natur nach von der Art seyn, daß davon nicht jeder Theilhaber einen Gebrauch machen kann, oder es walten bey den einzelnen Theilhabern solche Verhältnisse ob, die sie außer Stand setzen, von den Nutzungen in natura Gebrauch machen zu können. In einem solchen Falle ist die Frucht vielmehr zu verkaufen, und der dafür eingegangene Kaufschilling unter die Mitglieder nach Maß ihrer Antheile zu vertheilen; auch ist jeder Theilhaber berechtigt, zu verlangen, daß die Veräußerung der erzielten Nutzungen im

1) Man sehe das bey Erläuterung des §. 815 Nr. 6 aufgeführte Beyspiel.

Wege der öffentlichen Feilbiethung geschehe. — — Indessen glaube ich mit Herrn Hofrathe von Zeiller, daß Früchte, welche im Kleinen eingehoben werden, und nicht wohl aufzubewahren sind, auch unter der Hand um den Marktpreis hintangegeben werden können, weil einerseits nicht zu erwarten ist, daß im Wege der öffentlichen Feilbiethung ein höherer Preis erzielet werde, und die Feilbiethungskosten den aus der Versteigerung zu erzielenden reinen Gewinn nur herabsetzen würden.

3) Untheilbare Nutzungen, welche zugleich unveräußerlich sind, können nur auf die im §. 833 N. 2 berührte Weise von den Mitgliedern bezogen werden.

§. 841.

c) Rechte der Theilhaber in Rücksicht der Theilung.

Bey der nach aufgehobener Gemeinschaft vorzunehmenden Theilung der gemeinschaftlichen Sache gilt keine Mehrheit der Stimmen. Die Theilung muß zur Zufriedenheit eines jeden Sachgenossen vorgenommen werden. Können sie nicht einig werden; so entscheidet das Loos, oder ein Schiedsmann, oder, wenn sie sich über die Bestimmung der einen oder anderen dieser Entscheidungsarten nicht einhellig vereinigen, der Richter.

1) Eine natürliche Folge der Aufhebung der Gemeinschaft ist, daß auch der Hauptstamm des Vermögens unter die einzelnen Mitglieder vertheilet werde. — Die Aufhebung der Gemeinschaft ist aber entweder eine bloß theilweise, partielle, oder eine gänzliche, totale. Die erste tritt ein, wenn ein oder mehrere Mitglieder aus der Gemeinschaft austreten, ohne daß ihre Stelle durch eine andere Person ersetzt wird, in welchem Falle wenigstens einzelne Theile des Hauptstammes aus der Gemeinschaft gezogen, und den austretenden Mitgliedern eingehändiget werden müssen; die letztere ist vorhanden, wenn sich die ganze Gesellschaft auflöst, und alle Mitglieder aus der Gemeinschaft austreten. In diesem Falle wird der ganze Hauptstamm unter alle Mitglieder vertheilt.

2) Vor der Vertheilung hat jeder Theilhaber nur einen ideellen Antheil an der gemeinschaftlichen Sache, der sich auf das Ganze der Substanz und alle ihre Theile ausdehnet. Durch die Vertheilung aber soll jeder Theilhaber aufhören, fortan nur einen ideellen Antheil zu genießen, sondern dieser ideelle Antheil soll sich in einen körperlichen umwandeln, der nun ausschließend dem Verfügungsrechte des Theilhabers anheim gestellt werden soll. Dieser körperliche Theil muß nun ganz demjenigen appropriationirt seyn, welcher ihm bisher an der gemeinschaftlichen Sache ideell zugekommen ist. — Es kann daher nicht auf die Mehrheit der Stimmen ankommen, welche körperliche Antheile den Theilhabern zugewiesen werden sollen. — Jedem muß das werden, was ihm gebührt. — Die Theilung muß daher, wie das Gesetz sich ausdrückt, zur Zufriedenheit jedes Sachgenossen vorgenommen werden.

3) Eigentlich gebührt jedem Theilhaber an der gemeinschaftlichen Sache ein eben so großer (quantitativer und qualitativer) körperlicher Theil, als er vor der Theilung ideell hatte; — daher ist auch der Regel nach die gemeinschaftliche Sache in eben so viele körperliche Theile zu zertrennen, und jedem Theilhaber ein gleichmäßiger körperlicher Antheil zum ausschließenden Eigenthume zuzuweisen. Bestehet die gemeinschaftliche Sache aus mehreren einzelnen Gegenständen, so hat auch jeder auf diese gleichen Anspruch. — Die Theilung auf diese Art unterliegt keinem Anstande, wenn die zu theilenden Gegenstände in barem Gelde, Naturalien, Schuldforderungen u. s. w. bestehen.

4) Es gibt aber Fälle, wo eine solche Theilung in natura mit großen Unzukömmlichkeiten verbunden wäre, auch gibt es Sachen, welche, wie bereits §. 291 bemerkt worden ist, einer Theilung nicht unterzogen werden können. — Setzen wir z. B.: es sey ein Weingarten unter mehrere Theilhaber zu vertheilen. — Es ist nun allerdings möglich den Weingarten in gleich große Theile zu zerstücken; — allein die Lage desselben ist so verschieden, daß, wenn von diesem gleich große Theile gemacht werden, doch nicht alle diese gleich großen Theile einerley Werth haben; theils wegen der Sonnenlage, theils auch wegen anderer Verhältnisse,

die die Cultivirung mehr oder minder beschwerlich machen. — Können sich daher die einzelnen Theilhaber über die Art der Theilung nicht vereinigen, so ist ein Mittel der Ausgleichung, den Weingarten in so viele Theile, als Theilhaber sind, zu zerstücken, und dann das Loos entscheiden zu lassen, welchen aus den Theilhabern die einzelnen Theile zufallen sollen, oder die Theilhaber können auch die Zuflucht zu einem Schiedsrichter nehmen, welcher mit Rücksicht auf die Qualität der einzelnen Stücke die Vertheilung vornimmt, und dann jedem aus den Theilhabern seinen Antheil nach seinem Rechts- und Billigkeitsgefühle zuweiset. — Jedoch müssen sich die Theilhaber über das eine oder andere Ausgleichungsmittel einstimmig vereinigen. — Bey der mindesten Verschiedenheit der Stimmen kann weder das Loos angewendet werden, noch der Ausspruch eines Schiedsrichters entscheiden, sondern es tritt dann der Ausspruch des ordentlichen Richters ein, welcher sich aber gleichfalls nicht, wie schon bey §. 838 bemerkt worden ist, bloß an das strenge Recht zu halten (denn sonst könnte eine Vertheilung gar nicht vorgenommen werden, weil kein Rechtsgrund vorhanden ist, warum der Theilhaber A den Antheil a und nicht den Antheil b erhalten sollte), sondern auch Billigkeitsgründe in Erwägung zu nehmen hat, ja! in manchen Fällen selbst den streitigen Knoten durch einen Machtspruch entscheiden muß. — Dieses wäre z. B. der Fall, wenn der A und der B zugleich den Antheil a haben wollten, und kein Grund vorhanden wäre, einem oder dem anderen aus diesen Beyden den Vorzug zu geben. — In diesem Falle wird jedoch der Richter am klügsten handeln, wenn er den Streit dahin entscheidet, daß das Loos denjenigen aus den Beyden benennen soll, welchem der streitige Antheil zuzufallen habe. —

5) Obschon nun der Richter in dem Falle, welchen der gegenwärtige §. voraussetzt, bey seiner Entscheidung nicht nach reinen Rechtsprincipien verfahren kann, und hier gleichsam die Stelle eines Schiedsrichters vertritt, so scheint doch kein Zweifel obzuwalten, daß demjenigen, welcher mit dem Ausspruche des Richters erster Instanz unzufrieden ist, die Beschwerde an den oberen Richter offen stehe. Denn, da das Gesetz hier überhaupt auf die

richterliche Entscheidung hinweiset, so hat es den Ausspruch des höheren Richters, wenn er im gerichtsordnungsmäßigen Wege um seine Entscheidung angerufen wird, nicht ausgeschlossen. — Nur in Ansehung der Form entsteht hier der Zweifel, ob gegen den ersten richterlichen Ausspruch die Appellation, oder der Recurs zu ergreifen sey? Die Entscheidung dieser Frage hängt von der Beantwortung der Vorfrage ab, ob der Ausspruch des unteren Richters in der Form eines ordentlichen Urtheiles, oder der eines bloßen Bescheides zu geschehen habe? Ich glaube das Letztere. — Denn ein Urtheil setzt ein nach den strengen Formen der Gerichtsordnung abgeführtes Rechtsverfahren voraus, und entscheidet, was nach den in den Acten geführten Beweisen bereits Rechtens ist, nicht was erst künftig Rechtens seyn soll.

Nun ist aber schon bey Erläuterung des §. 835 bemerkt worden, daß in solchen Fällen der Richter an den ordentlichen Gang des Prozesses nicht gebunden sey; auch entscheidet er hier nicht, was Rechtens sey, sondern er verfügt, was künftig in Folge der Theilung und sohin der Aufhebung des früheren Rechts verhältnisses als Recht gelten soll. — In dem oben gegebenen Beyspiele hat weder der A noch der B einen rechtlichen Anspruch auf das Allein-Eigenthum des Antheiles a, sondern erst der Ausspruch des Richters soll den rechtlichen Anspruch des Einen oder Anderen begründen. Wird aber die Entscheidung in Form eines Bescheides gefällt, so versteht es sich von selbst, daß die Beschwerde an den höheren Richter in Form eines Recurses angebracht werden müsse.

§. 842.

Ein Schiedsmann oder der Richter entscheidet auch, ob bey der Theilung liegender Gründe oder Gebäude ein Theilgenosse, zur Benützung seines Antheiles, einer Servitut bedürfe, und unter welcher Bedingung sie ihm zu verwilligen sey.

1) Bey der Vertheilung eines ganzen Grundstückes oder Gebäudes in mehrere einzelne Theile kann es sich sehr oft fügen

daß der eine oder andere Theil nicht benützt werden könne, wenn nicht einem anderen eine Servitut auferlegt wird; zuweilen ergibt sich die Constituirung von Servituten aus der Natur der Theilung selbst. Das erstere wäre z. B. der Fall, wenn einem Theilhaber ein Grundstück zugewiesen würde, zu welchem er nicht gelangen kann, wenn ihm nicht das Servitutsrecht des Fahrweges oder Gangsteiges eingeräumt würde. Ueberhaupt ist hier zu beachten, daß vor der Theilung sämmtliche Theilhaber gemeinschaftliche Eigenthümer der Sache waren, und daher als solche auf alle Theile der Sache Eigenthumsrechte auszuüben hatten, welche Eigenthumsrechte sie auch nach der Theilung nicht immer ganz aufgeben können, sondern selbe sodann in der Form von Servitutsrechten ausüben müssen. Setzen wir z. B.: es wird eine gemeinschaftliche Wiese unter die einzelnen Theilhaber vertheilet, welche bisher durch den gemeinschaftlichen Brunnen bewässert wurde. Es geschah sohin die Bewässerung aller Theile der Wiese in Folge des sämmtlichen Theilhabern zugestandenen gemeinschaftlichen Eigenthumsrechtes; nach der Theilung wird nun zwar nur Einer ausschließender Eigenthümer des Brunnens werden, aber die übrigen werden das Servitutsrecht erlangen, das Wasser des Brunnens zur Bewässerung ihrer Antheile benützen zu dürfen.

2) Manchmahl entstehen bey einer Theilung aus der Natur der Sache Servituten, ohne daß selbe ausdrücklich ausbedungen werden dürfen. Dieses ist z. B. der Fall, wenn ein Haus unter mehrere Eigenthümer dergestalt vertheilt wird, daß der eine das Erdgeschoß, der zweyte das erste, — der dritte das zweyte Stockwerk u. s. w. zum ausschließenden Eigenthume erhält, in welchem Falle ganz natürlich der Eigenthümer des Erdgeschoßes verbunden ist, die Last der den übrigen Theilhabern zugewiesenen Stockwerke auf selbem zu gedulden. — Eben so kann es geschehen, daß bey der Theilung von Gebäuden der Dachstuhl des dem A zugewiesenen Hauses auf der Mauer des dem B zugetheilten Gebäudes ruhet, was sich auch in der Folge jeder Eigenthümer dieses Gebäudes gefallen lassen muß, wenn auch bey der Theilung diese Servitut nicht ausdrücklich zur Sprache gekommen seyn sollte. (Vergl. §. 443 N. 3).

§. 843.

Kann eine gemeinschaftliche Sache entweder gar nicht, oder nicht ohne beträchtliche Verminderung des Werthes getheilt werden; so ist sie, und zwar, wenn auch nur Ein Theilgenosse es verlangt, vermittelst gerichtlicher Feilbiethung zu verkaufen, und der Kaufschilling unter die Theilhaber zu vertheilen.

1) Bereits bey Erläuterung des §. 291 wurde auf die Eintheilung der Sachen, in theilbare und untheilbare, aufmerksam gemacht, und die Erklärung davon gegeben. Gegenwärtig ist es am Platze, von denjenigen Sachen, die, zufolge der gesetzlichen Vorschriften, als untheilbar anzusehen sind, umständlicher zu sprechen.

2) Unter die zufolge der gesetzlichen Vorschriften untheilbaren Sachen gehören zuvörderst die ständischen unbeweglichen Güter, welche in dem Kataster und in der Landtafel mit einer bestimmten Benennung unter Einer Rubrik eingetragen sind. — Sie sind zwar nicht schlechterdings untheilbar, doch fordert ihre Theilung eine besondere Bewilligung, die unter Beobachtung besonderer Vorsichten ertheilet wird. — Will nähmlich ein Herrschaftsbesitzer einige zu seiner Herrschaft gehörige Gründe oder andere Theile veräußern, oder sich die Giebigkeiten der Unterthanen (welche gleichfalls als Bestandtheile der Herrschaft anzusehen sind) ablösen lassen, so ist er gehalten, die dießfalls geschlossenen Verträge dem Kreisamte vorzulegen, und die Bestätigung derselben anzusuchen. Diesem Ansuchen muß ein Auszug aus der Landtafel beygelegt werden, woraus erhellet, ob das Gut, von welchem ein Bestandtheil veräußert werden soll, mit einem wie immer beschaffenen Fideicommiß-, Lehen- oder anderen Bande behaftet, auch, ob und wie es mit Schulden belastet sey. — Wenn der beygebrachte Landtafelauszug zeiget, daß das Gut mit irgend einem Bande oder einer Last behaftet ist, welche damit frey zu schalten nicht erlaubt, ist auch von den Theilnehmern und der Behörde die Bewilligung zu dem abzuschließenden Vertrage beyzubringen; denn das Kreisamt kann ohne diese Bewilligung die

Bestätigung nicht ertheilen. — Ist das Gut mit Schulden belastet, so ist der Vertrag vorläufig durch das Kreisamt an das Landrecht zu senden. Dieses ist angewiesen, denselben sämmtlichen intabulirten oder vorgemerkten Gläubigern zu dem Ende mitzutheilen, damit sie binnen einer verhältnißmäßig zu bestimmenden Zeit die ihnen sich allenfalls anbiethenden Einwendungen und die Erklärung über dasjenige, was sie zu ihrer Sicherstellung weiterfür nothwendig halten, dem Landrechte vorzulegen, und dieses hiernach die Zulässigkeit des Vertrages beurtheilen möge. — Ist bey dem Landrechte mit den in der bestimmten Zeitfrist mit ihren Einwendungen und Erklärungen eingetretenen Gläubigern die Sache in Güte oder durch rechtliche Entscheidung abgethan, oder hat sich Keiner deßwegen gemeldet, so hat das Landrecht davon dem Kreisamte die Anzeige zu machen, damit dieses hiernach, wenn sonst der Vertrag die unten bemerkten Eigenschaften besitzt, ihn bestätige, oder die Bestätigung verweigere. Die kreisämtliche Bestätigung des Vertrages hat die Wirkung, daß der Vertrag dadurch von dem Tage seiner Errichtung seine Gültigkeit erlangt, und daß der Käufer oder Uebernehmer dieses Vertrages wegen von keinem der auf das Gut versicherten Gläubiger oder anderen Theilhaber angefochten werden kann [1]). Zeigt sich aus dem Landtafelextracte, daß das Gut, mit welchem die Veränderung vorgehen soll, allodial und zugleich schuldenfrey ist, — oder sind die dießfälligen Anstände beseitiget, so hat das Kreisamt (in so fern der Vertrag mit Unterthanen abgeschlossen ist) auf die innere Beschaffenheit des Vertrages Rücksicht zu nehmen, besonders aber, ob er deutlich, der Fassung des Unterthans angemessen, und auf eine unzweydeutige Art aufgesetzt ist, ob er keine Gesetzwidrigkeiten enthält, und ob er der Aufrechthaltung des Unterthans zusagt. Wo diese Eigenschaften nicht bemerket werden, ist nach vorhergegangener Verbesserung der Gebrechen, wo sie aber zusammentreffen, ohne allen Anstand die Bestätigung zu ertheilen [2]). Doch ist die mit Zerstückung verbundene enphyteutische Verpachtung oder Veräußerung obrigkeitlicher Gründe ohne wichtige Ursachen nicht mehr zu

1) Patent vom 1. September 1793; J. G. S. Nr. 492.
2) Obiges Patent §. 3.

gestatten, und wo sie nach Local- oder anderen Umständen Statt finden kann, muß sich zu Verhinderung zu kleiner Zerstückungen genau an das Maß gehalten werden, welches für die Zerstückung der Rustikalgründe vorgeschrieben ist [1]). Uebertretungen der oben angegebenen, durch das Patent vom 1. September 1798 eingeführten Vorschriften, sind nach Befund der betreffenden Behörde mit arbiträren, der Beschaffenheit der Uebertretung angemessenen Strafen zu belegen. Die Vorschrift dieses Patentes ist aber immer als übertreten anzusehen, sobald eine Obrigkeit von dem ohne kreisämtliche Bewilligung errichteten dergleichen Vertrage, ohne Rücksicht auf die längere oder kürzere Zwischenperiode seit der Errichtung des Contractes, einen Gebrauch gemacht, nähmlich entweder den ganzen oder einen Theil des Kaufschillings angenommen, oder den Vertrag in die Grundbücher eingetragen, und hierdurch den beabsichtigten Zweck des Gesetzes, damit durch den Abverkauf obrigkeitlicher Rechte oder Realitäten, weder die Unterthanen noch die Hypothekar-Gläubiger in Ansehung ihres Vermögens gefährdet werden, zu vereiteln getrachtet hat [2]).

3) Eben so darf keine Zerstückung unterthäniger Gründe unter der Strafe der Nullität vorgenommen werden, wenn die vorhabende Zerstückung dem Kreisamte nicht vorläufig angezeigt, und von diesem untersucht wurde, ob nicht etwa auf eine Erhöhung des Contributionals der Dominieal-Giebigkeit angetragen wurde, und von der Landesstelle die Approbation erfolgt wäre [3]). — — So wie aber auf einer Seite die Staatsverwaltung die Zerstückung der allzugroßen Bauerngründe wünscht und begünstigt, wenn dem Staate dadurch neue Familien verschafft werden, so ist sie auf der andern Seite der Zerstückung der Bauerngründe in gar zu kleine Theile abhold. In diesem Geiste schreibt das Hofdecret vom 18. May 1786 Nachstehendes vor: „Um die heilsame Absicht der eingeführten Zertheilung der größeren Bauernhöfe immer mehr auszubreiten, dieselbe jedoch

---

1) Hofdecret vom 20. Jänner 1803; J. G. S. Nr. 633.
2) Hofkanzleydecret vom 7. Janner 1813; J. G. S. Nr. 1022.
3) Höchste Resolution vom 20. October 1753.

nicht von dem wahren Zwecke abzuführen, wird bekannt gemacht, daß die Absicht, wann die Landesregierung auf die Vertheilung der Gründe ihre Aufmerksamkeit richten solle, in dem bestehe, durch diese Vertheilung die durch den allzu weiten und gegen die Kräfte der Besitzer allzu unverhältnißmäßigen Umfang der Wirthschaft zurückgesetzte Cultur zu befördern; daher im flachen Lande, wo die Agricultur fast den einzigen, oder doch im Verhältnisse der Producte bey weitem den wichtigsten Nahrungszweig ausmacht, die Vertheilung nicht in allzu kleine Besitzungen, auf welchen keiner der Besitzer sich mehr nähren könnte, zugelassen werden sollen. In solchen Gegenden muß also bey Vertheilung der großen Höfe immer der Bedacht genommen werden, daß a) wenigstens eine Besitzung von 40 Metzen Feld im Ganzen bleibe, wenn gleich der Ueberrest in kleinere Theile vertheilt würde. b) Wenn jedoch Bauernhöfe aus solchen Gründen bestehen, die in Rücksicht auf die erforderliche gute Cultur allzuweit von dem Hofe entfernt, für andere Bauernhöfe aber schicklicher gelegen sind; so ist nicht zu verwehren, daß solche einzelne Grundstücke durch Kauf, Schenkung oder testamentarische Verfügung von einem Hofe zu dem andern überbracht, (transferirt) werden, weil diese Gründe in der Cultur gewinnen, und dasjenige, was dem einen Grunde abgeht, einem andern schon bestehenden Grunde zuwächst, und also keine schädliche Zerstückung entsteht, gegen welche nur die gegenwärtigen Vorsichten abzwecken. c) Ist auf alle Fälle Bedacht zu nehmen, daß die Vertheilung den Stand der Bespannung, die vor der Vertheilung vorhanden war, bey allen Theilen zusammen genommen nicht vermindert werde. d) Endlich in gebirgigen Gegenden aber, wo der Ackerbau nicht sowohl, als die verschiedenen Gattungen des Industrie-Verdienstes die Hauptnahrung der Bauernclasse ausmachen, haben sich die Obrigkeiten an die obgedachten Verhältnisse bey Vertheilungen nicht so genau zu halten, und können solche auch in kleineren Theilen zulassen; weil in solchen Gegenden, wo Handel, Fuhrwerk und Manufactur-Arbeiten, die Hauptnahrung ausmachen, und der größte Theil des der Population angemessenen Getreides demnach von

anderen fruchtreicheren Gegenden erkauft werden muß, kleine Grundbesitzungen zur Beyhülfe für die Hauptwirthschaft dienen, und im Allgemeinen aus solchen kleinen Zerstückungen kein Schaden entstehen kann."

Bey Grundzerstückungen ist folgendes Verfahren gewöhnlich: Die Herrschaft, zu welcher das zu vertheilende Grundstück dient, legt das Gesuch dem Kreisamte vor; das Kreisamt ordnet einen oder zwey benachbarte herrschaftliche Oberbeamte zur Untersuchung ab, ob die angetragene Grundzerstückung sowohl in politischer als auch öconomischer Rücksicht räthlich, und ob die Gabe richtig vertheilt sey. Darüber geben die Delegirten dem Kreisamte ihr Gutachten, findet das Kreisamt hierüber die Zerstückung nicht räthlich, so schlägt sie selbe ab. Wäre sie aber zu bewilligen, so gibt es das Ganze der Rectifications-Buchhaltung zur Adjustirung, welche untersucht, ob die Gaben gehörig und verhältnißmäßig vertheilt sind, und solche adjustirt oder berichtiget. Hat die Buchhaltung das ihrige vollbracht, so geht der Act durch das Kreisamt zur Länderstelle, welche die Genehmigung beysetzt [1]).

3) Solche Sachen nun, welche entweder ihrer Natur nach gar nicht, oder wenigstens nicht ohne beträchtliche Verminderung ihres Werthes getheilt werden können, oder bey welchen das Gesetz eine Trennung der Bestandtheile verbiethet, sind nun, wenn auch nur Ein Theilgenosse es verlangt, im öffentlichen Versteigerungswege zu veräußern, und der eingegangene Kaufschilling unter die Theilhaber zu vertheilen. Dadurch entsteht, wie Herr Hofrath von Zeiller bemerkt hat, für die übrigen kein Zwang, die Sache zu veräußern, und aus der Gemeinschaft zu treten, indem ihnen frey steht, durch den höchsten Anboth die Sache in der Gemeinschaft zu erhalten. — Indessen ist die Frage, ob eine gemeinschaftliche Sache im Wege der öffentlichen Versteigerung zu veräußern sey? in dem Falle, als nicht alle Theilnehmer hierüber einstimmig sind, immer im ordentlichen Rechtswege zu verhandeln und zu entscheiden.

---

1) Siehe Darstellung des politischen Verhältnisses der verschiedenen Gattungen der Herrschaften zur Staatsverwaltung, zu ihren Beamten und Unterthanen u. s. w. von Johann Tschinkowitz. Gratz 1827. 2. Th., 1 B., S. 105.

§. 844.

Servituten, Gränzzeichen, und die zum gemeinschaftlichen Gebrauche nöthigen Urkunden sind keiner Theilung fähig. — Die Grunddienstbarkeiten kommen allen Theilhabern zu Statten. Die Urkunden werden, wenn sonst nichts im Wege steht, bey dem ältesten Theilnehmer niedergelegt. Die übrigen erhalten auf ihre Kosten beglaubte Abschriften.

1) Unter solche zum gemeinschaftlichen Gebrauche nöthigen Urkunden gehören Adelsdiplome, Familienverträge, Testamente' Quittungen, Schuldurkunden u. s. w. Solche Urkunden werden bey dem ältesten Theilnehmer hinterlegt; ausgenommen es stünden demselben besondere Bedenken, z. B. Geistesschwäche, Befangenheit u. s. w. im Wege, in welchem Falle dem hier zu Grunde liegenden Principe zufolge dieselbe bey demjenigen Theilnehmer hinterlegt werden, der dem wegen obwaltenden Bedenken ausgeschlossenen Theilnehmer dem Alter nach am nächsten steht. — Die übrigen Theilnehmer erhalten auf ihre Kosten beglaubte Abschriften; doch wird es zweckmäßig seyn, auf den Original-Urkunden die Nahmen sämmtlicher Theilhaber anzumerken. Urkunden, welche einzelne Güter betreffen, müssen, wie von Zeiller bemerkt, den Uebernehmern, denen sie zugetheilt werden, als Pertinenzstücke überliefert werden (§. 296 Nr. 2).

2) Dienstbarkeiten sind ebenfalls untheilbar und an sich unübertragbar (§. 485). Das Recht einer Grunddienstbarkeit gebührt jenem, dem der herrschende Grund zugetheilt worden ist (§. 473), wird aber das herrschende Grundstück selbst unter die gemeinschaftlichen Eigenthümer vertheilt, so kann auch jeder das Servitutsrecht ausüben, jedoch in einem solchen Maße, daß dasselbe dadurch dem Verpflichteten nicht lästiger werde, als es demselben früher gewesen ist (§. 485 Nr. 3). — Bey persönlichen Dienstbarkeiten (§. 529) bleibt der Ausweg, daß man sie einem Theilnehmer gegen eine Abfindung für die übrigen

überläßt, oder in deren Ausübung nach Verhältniß der Antheile abwechselt [1]).

3) Gränzzeichen müssen, wie der folgende §. lehret, zur Vermeidung von Streitigkeiten selbst dort errichtet werden, wo sie noch nicht bestehen; um so weniger können die bereits bestehenden Gränzzeichen unter die einzelnen Theilnehmer in der Art getheilt werden, daß jeder vollständiger Eigenthümer eines (physischen) Antheils derselben werde; sie sind daher, wie der §. sich hier ausspricht, untheilbar.

§. 845.

Bey Theilungen der Grundstücke müssen die gegenseitigen Gränzen nach Verschiedenheit der Lage durch Säulen, Gränzsteine oder Pfähle auf eine deutliche und unwandelbare Art bezeichnet werden. Flüsse, Berge und Straßen sind natürliche Gränzen. Um den Betrug und Irrthum zu entfernen, sollen in die Steine, Säulen oder Pfähle, die wirklich zur Markung dienen, Kreuze, Wapen, Zahlen oder andere Zeichen gehauen oder darunter eingegraben werden.

1) Die gegenwärtige Vorschrift hat zum Zwecke, künftigen Streitigkeiten, die aus der Theilung von Grundstücken nothwendig mit der Zeit entstehen müßten, wenn nicht der jedem Theilnehmer zugewiesene physische Antheil genau bezeichnet würde, nach Möglichkeit vorzubeugen. — Es ist daher nicht genug, daß die gegenseitigen Gränzen auf eine *deutliche* Art bezeichnet, sondern es muß auch dafür gesorgt werden, daß die gewählten Gränzzeichen *unwandelbar* seyn.

2) Als solche deutliche, und ihrer Natur nach unwandelbare Gränzen sind Flüsse, Berge und ordentliche Straßen anzusehen; nicht aber bloß kleine Wege, Fußsteige, welche sich von Zeit zu Zeit ändern, oder Hügel, welche abgegraben werden können,

1) Siehe Zeillers Commentar Nr. 2.

noch auch kleine Bäche, welche der Gefahr der Austrocknung oder des Ablaufes ausgesetzt sind. — Wo also die Natur nicht selbst für solche unwandelbare Gränzen gesorgt hat, muß die Kunst zu Hülfe genommen werden. — Es werden daher dort die Gränzen nach Verschiedenheit der Lage durch Säulen, Steine oder Pfähle bezeichnet. — Da aber Pfähle oder Steine auch aus anderen Zwecken, als um die Gränzen zu bestimmen, in das Grundstück gesetzt werden können, so ist es sehr zweckmäßig, wenn diejenigen Säulen, Steine oder Pfähle, die in der Absicht, zur Markung zu dienen, in das Grundstück gesetzt werden, mit solchen Zeichen versehen werden, wodurch ihre Bestimmung klar und deutlich wird. — Dieses geschieht, durch Aufschriften, welche in die Steine oder Säulen gehauen, oder Kreuze, Wapen oder Jahreszahlen, welche an denselben oder den errichteten Pfählen angebracht werden. Um die Gefahr, welche durch absichtliche oder zufällige Verrückung der Steine oder Pfähle für das Eigenthum entstehen könnte, vorzubeugen, ist es sehr zweckmäßig, unter dieselbe unverwesliche Gegenstände, z. B. Steine, Glasscherben u. s. w. einzugraben. Wo die Bezeichnung der Gränzen lediglich auf künstliche Weise geschieht, müssen die Gränzzeichen so angelegt werden, daß der Gränzzug durch eine gerade Linie von einem zum andern bestimmt wird.

§. 846.

Ueber die gemachte Theilung sind Urkunden zu errichten. Ein Theilhaber einer unbeweglichen Sache erhält auch erst dadurch ein dingliches Recht auf seinen Antheil, daß die darüber errichtete Urkunde den öffentlichen Büchern einverleibt wird (§. 436).

1) Der erste Satz des gegenwärtigen Paragraphes ist nicht dahin zu verstehen, als wenn die Errichtung von Urkunden zur Gültigkeit des Vertrages, in Folge dessen die Theilung vorgenommen wird, nothwendig wäre; sondern er spricht bloß eine Klugheitsmaßregel aus, wie aus dem Zusammenhange dieses §. mit

dem unmittelbar vorhergehenden klar hervorleuchtet. — Doch unterliegt es keinem Zweifel, daß jeder Theilhaber auf die Errichtung solcher Urkunden zu dringen berechtigt ist, und daß sie, wenn auch nur Ein Theilhaber auf solche dringet, auf gemeinschaftliche Kosten geschehen müsse. — Denn das Gesetz gebiethet die Errichtung der Urkunden, und es ist daher jeder Interessent auf Erfüllung dieser gesetzlichen Vorschrift zu dringen berechtiget.

2) Jeder Theilungsvertrag ist seiner Natur nach ein Tauschvertrag. Denn vor der Theilung hat jeder Theilhaber einen ideellen Antheil an der ganzen Sache, und an allen einzelnen Theilen, aus welchen die Sache bestehet. Durch den Theilungsvertrag leistet aber jeder einzelne Theilhaber auf den ihm zustehenden ideellen Antheil an der ganzen Sache zum Vortheile der anderen Theilhaber gegen dem Verzicht, daß diese in Bezug auf einen bestimmten physischen Theil an der Sache gleichfalls zu seinen Gunsten Verzicht leisten, und sohin ihm denselben durch Abtretung ihrer Antheile zum vollständigen, unbeschränkten Eigenthume überlassen. — Da nun der Theilungsvertrag ein entgeldlicher Vertrag ist, so kann bey demselben auch sowohl der Fall der Gewährleistung als der der Verletzung über die Hälfte eintreten; wobey jedoch auf einige besondere Verhältnisse aufmerksam gemacht werden muß. Da nähmlich demjenigen Theilnehmer, welchem anstatt seines ideellen Antheiles an der ganzen Sache ein bestimmter körperlicher Antheil zugewiesen wird, schon früher auf diesen physischen Theil gleichfalls ein aliquoter ideeller Antheil zukam, so haben die übrigen Theilhaber im Falle einer Eviction nicht für den ganzen, ihm überlassenen physischen Theil zu haften, sondern es muß hiervon sein eigener Antheil abgerechnet werden. Eben so muß auch bey der im Falle einer Verletzung über die Hälfte zu pflegenden Berechnung auf diesen Umstand Bedacht genommen werden. Setzen wir z. B. es besaßen drey Personen A, B und C gemeinschaftlich einen Inbegriff von mehreren Grundstücken, welche sie in der Folge unter sich vertheilten. Bey der Theilung wurde nun dem A ein bestimmtes Grundstück zugewiesen, dessen Werth 300 fl. ausmacht. In der Folge wird das-

selbe von einem Dritten evinciret. Nun haben der B und C dem A nicht die vollen 300 fl., sondern nur 200 fl. zu ersetzen, weil sie ihm eigentlich nicht das ganze Grundstück, von dem er bereits selbst schon den dritten Theil besessen hatte, sondern bloß zwey Drittheile abgetreten haben. — Setzen wir nun ferners, daß die Antheile des B und C, welche ihnen in dem Theilungsvertrage zugewiesen wurden, 1400 fl. werth seyen; so ist es offenbar, daß der A bey der Theilung verkürzt worden ist; und es frägt sich daher in diesem Falle, ob der A die Schadloshaltung wegen Verkürzung über die Hälfte fordern könne? — Da der Werth der sämmtlichen gemeinschaftlichen Grundstücke nach der Voraussetzung 1700 fl. betrug, so hätten bey einer gleichen Theilung dem A Grundstücke am Werthe von 566 fl. 40 kr. zugetheilt werden sollen. Da er nun ein Grundstück im Werthe von 300 fl., folglich von einem höheren Werthe, als die Hälfte von dem, was er hätte erhalten sollen, beträgt, erhalten hat, so scheint er die Schadloshaltung nicht ansprechen zu können. — Allein diese Berechnung wäre irrig. Denn der §. 934 sagt: „Hat bey zweyseitig verbindlichen Geschäften ein Theil nicht einmahl die Hälfte dessen, was er dem andern gegeben hat, von diesem an dem gemeinen Werthe erhalten; so räumt das Gesetz dem verletzten Theile das Recht ein, die Aufhebung und die Herstellung in den vorigen Stand zu fordern." Nun beträgt der dritte Theil der dem B und C bey der Theilung zugewiesenen Grundstücke, der vor der Theilung dem A gehörte, und den er folglich bey der Theilung dem B und C abgetreten hat, 466 fl. 40 kr., dagegen betragen die Antheile des B und C an dem, dem A zugewiesenen Grundstück nur 200 fl., und sohin ist klar, daß A von dem B und C nicht die Hälfte dessen, was er ihnen gegeben hat, von diesen erhalten habe, daß ihm daher das Rechtsmittel, die Aufhebung des Theilungsvertrages wegen Verkürzung über die Hälfte zu begehren, zustünde.

3) Die Theilung gründet sich zwar nicht immer auf ein gütliches Einverständniß der Theilnehmer, sondern manchmahl auch auf den zufälligen Ausschlag des Loses, oder auf den Aus-

spruch des erwählten Schiedsrichters, oder auch auf das Erkenntniß des ordentlichen Richters. — In allen diesen Fällen wird für die einzelnen Theilhaber nur ein Titel zur Ueberkommung des wirklichen Eigenthums der ihnen auf die eine oder andere Art zugewiesenen Theile, nicht aber das Eigenthumsrecht selbst gegründet; dieses letztere wird erst durch die ordentliche Uebergabe und Uebernahme, und in Bezug auf unbewegliche Sachen und die ihnen gleichgehaltenen Rechte nur durch Einverleibung ihres Anspruches in die öffentlichen Bücher erworben (§§. 426 — 436). Es kann hier die Frage entstehen: welche Urkunden im Falle einer solchen Theilung in das öffentliche Buch eingetragen werden müssen? — Gründet sich die Theilung auf einen durch gütliches Einverständniß zu Stande gekommenen Vertrag, so ist ganz natürlich die Einverleibung dieses Vertrages hinreichend; gründet sich die Theilung auf die Verlosung, so ist jener Vertrag, zufolge welchen sich die Theilnehmer auf das Loos vereiniget haben, nebst einer von sämmtlichen Theilnehmern und zweyen Zeugen unterfertigten Urkunde, worin bestätiget wird, daß die Verlosung auf die bestimmte Art vorgenommen worden ist, oder ein gerichtliches Erkenntniß hierüber beyzubringen; gründet sich die Theilung auf einen schiedsrichterlichen Ausspruch, so ist nebst diesem gleichfalls der Vertrag, zufolge welchem die Theilhaber auf diesen sich vereiniget haben, — und im Falle des richterlichen Ausspruches, der hier lediglich die Stelle des schiedsrichterlichen vertritt, das Protocoll oder die Urkunde, aus welcher erhellet, daß bereits der fruchtlose Versuch gemacht worden sey, die Theilnehmer zur Verlosung oder Erwählung eines Schiedsrichters zu bewegen, nebst diesem richterlichen Ausspruche zur Einverleibung vorzulegen.

§. 847.

Die bloße Theilung was immer für eines gemeinschaftlichen Gutes kann einem Dritten nicht zum Nachtheile gereichen; alle ihm zustehenden Pfand-,

Servitut- und andere dingliche Rechte werden nach wie vor der Theilung, ausgeübt. Auch persönliche Rechte, die einem Dritten gegen eine Gemeinschaft zustehen, haben ungeachtet des erfolgten Austrittes ihre vorige Kraft.

1) Eine Gemeinschaft ist als Eine (moralische) Person zu betrachten, und hat als solche gegen fremde Personen gleich einer physischen Person Rechte und Verbindlichkeiten (§. 26). Ob diese Rechte und Verbindlichkeiten allen einzelnen Mitgliedern zur ungetheilten Hand zukommen oder nicht, muß, wie Herr Hofrath von Zeiller bemerkt, theils aus allgemeinen Grundsatzen (§§. 888 — 897), theils aus der Entstehungsart und Beschaffenheit der Gemeinschaft (§§. 820 und 821. 1201 — 1204) beurtheilet werden.

2) Es ist ein allgemeiner Rechtsgrundsatz, daß Verträge nur die Vertragschließenden Theile verbinden, und dritte Personen dadurch in ihren bereits erworbenen Rechten nicht beeinträchtiget werden können. — Eben darum kann auch ein Dritter, welchem an der gemeinschaftlichen Sache ein dingliches Recht zustand, es auch nach der ohne seinem Zuthun erfolgten Theilung noch, wie zuvor, ausüben. In den meisten Fällen, wo die Trennung eines gemeinschäftlichen Gutes vorgenommen wird, werden ohnehin diejenigen, welchen auf dasselbe ein dingliches Recht zustehet, und insbesondere die darauf eingetragenen Pfandgläubiger, einvernommen, und es wird bey der Zerstückung in die einzelnen Theile mit Einverständniß der intabulirten Gläubiger bestimmt, welche Lasten auf den einzelnen Theilen fürs Künftige haften sollen. Wo aber dieses nicht geschieht, kommen dem Dritten, welchem an der gemeinschaftlichen Sache ein dingliches Recht zustand, auch nach geschehener Theilung die aus seinem dinglichen Rechte hervorgehenden Befugnisse zu, und er kann dieselben wie zuvor ausüben. Es müssen daher auch bey der Umschreibung in den öffentlichen Büchern die auf dem Ganzen haftenden Lasten auf jeden einzelnen Theil übertragen, jedoch bey jedem bemerkt werden, auf welchen Antheilen diese Last gemeinschaftlich hafte.

3) Auch für die persönlichen Forderungen, sie mögen nun unmittelbar von der Gemeinschaft oder dem Stifter gegründet worden seyn, haften alle Theilnehmer, und zwar nach Maßgabe des ursprünglichen Rechtsverhältnisses entweder nur zur getheilten, oder auch zur ungetheilten Hand; selbst nach der Theilung, die durch den Austritt einzelner Glieder, oder durch Auflösung der ganzen Gemeinschaft geschehen ist. — Denn weder das bey der Theilung zwischen den einzelnen Theilhabern getroffene Uebereinkommen, noch selbst der nur die Rechte der Theilhaber unter sich regulirende richterliche Spruch kann auf die Rechte eines Dritten einen Einfluß haben. — Nur kann dieser sich nicht weigern die Zahlung von demjenigen anzunehmen, der sie bey der Theilung auf sich genommen hat.

§. 848.

Eben so kann derjenige, welcher an eine Gemeinschaft schuldig ist, die Zahlung nicht an einzelne Theilnehmer entrichten. Solche Schulden müssen an die ganze Gemeinschaft, oder an jenen, der sie ordentlich vorstellt, abgetragen werden.

Diese gesetzliche Vorschrift kann nur für den Fall gelten, wenn noch keine Theilung vor sich gegangen ist. Denn ist die Theilung bereits vor sich gegangen, so ist die Gemeinschaft bereits aufgelöset, und bestehet sohin nicht mehr. — Einer bereits aufgelösten, daher nicht mehr bestehenden Gemeinschaft kann aber nichts abgetragen werden. Selbst die von einer Gemeinschaft ausgestellte Vollmacht wird durch die Auflösung (moralischen Tod) derselben aufgehoben (§. 1023). Nach aufgelöster Gemeinschaft kann nur an denjenigen, welchem die Forderung bey der Theilung besonders zugewiesen worden ist, die Zahlung geleistet werden, und in sofern derselbe nicht bekannt würde, ist der Schuldbetrag zu deponiren (§. 1425).

§. 849.

Was bisher von der Gemeinschaft überhaupt bestimmt worden ist, läßt sich auch auf die einer

Familie, als einer Gemeinschaft, zustehendem Rechte und Sachen, z. B. Stiftungen, Fideicommisse u. dgl. anwenden.

1) Wenn durch einseitige Willenserklärung, oder durch Vertrag besondere Begünstigungen oder Rechte für alle, oder für bestimmte Glieder einer Familie unter ihrer gemeinschaftlichen Verwaltung festgesetzt werden, so macht die Familie eine Gemeinschaft aus, auf welche die hier aufgeführten Vorschriften gleichfalls angewendet werden sollen, in so weit nicht aus der Natur des Familien-Verhältnisses überhaupt, oder aus den dießfalls bestehenden besonderen Vorschriften Abweichungen hervorgehen.

2) Die vorzüglichsten Gegenstände einer Familien-Gemeinschaft sind: a) die Familien-Fideicommisse, b) Familienstiftungen, die der politischen Gesetzgebung und Verwaltung zugewiesen sind, c) andere den Gliedern einer Familie gemeinschaftlich zugestandene Rechte, z. B. des Gebrauches einer Bibliothek, einer Kunstsammlung, oder andere Arten von Servitutsrechten.

3) Die Quelle, woraus die Beschaffenheit und der Umfang solcher Rechte zu beurtheilen ist, ist zuvörderst die ordnungsmäßige Errichtungsurkunde. Nach dieser folgen die für dergleichen Familien-Institute entweder in dem bürgerlichen Gesetzbuche selbst, oder in den politischen Vorschriften enthaltenen besonderen Bestimmungen; in Ermanglung solcher aber, sind die hier von der Gemeinschaft und anderer dinglichen Rechte in dem Gesetze festgesetzten Bestimmungen zur Richtschnur zu nehmen. So sind z. B. nach der Bestimmung des §. 844 die Familienurkunden bey dem ältesten Familiengliede zu hinterlegen; es gebührt daher die Obsorge und Verwaltung eines Familien-Instituts allen Mitgliedern, und es entscheidet hierbey die Mehrheit der Stimmen (§§. 830 — 838) [1]).

§. 850.

Erneuerung der Gränzen.

Wenn Gränzzeichen durch was immer für Umstände so verletzt worden sind, daß sie ganz unkenntlich

1) Vergl. Zeillers Commentar zu §. 669.

werden könnten, so hat jeder Theilhaber das Recht, eine gemeinschaftliche Erneuerung der Gränzen zu verlangen. Die theilnehmenden Nachbarn sind zu diesem Geschäfte vorzuladen, die Gränzen genau zu beschreiben, und die Kosten von Allen, nach Maß ihrer Gränzlinien, zu bestreiten.

1) Wenn das Gesetz bey der Theilung der Grundstücke jeden Theilhaber berechtigt, darauf zu dringen, daß die gegenseitigen Gränzen auf eine deutliche und unwandelbare Art bezeichnet werden (§. 845), so ist es ganz consequent, daß es in dem Falle einer Verletzung der Gränzzeichen, jedem Theilhaber, wie sich das Gesetz hier ausdrückt, das Recht einräume, die Erneuerung der Gränzen zu begehren. Da übrigens das Gesetz hier die bereits vor sich gegangene Theilung des früher gemeinschaftlich besessenen Grundstückes voraussetzt, durch die Theilung aber (vorausgesetzt, daß dieselbe auch in den öffentlichen Büchern vor sich gegangen ist) jeder Theilhaber ausschließender Eigenthümer des ihm zugewiesenen Antheiles wird, folglich eben dadurch aufhört Theilhaber zu seyn, weil dieser Begriff eine bestehende gemeinschaftliche Sache voraussetzt, welche aber eben durch die Theilung aufgehört hat; so ist der Ausdruck „Theilhaber" hier nur auf das vorausgegangene Verhältniß zu beziehen, und heißt hier soviel als „Gränznachbar;" was auch aus den Anfangsworten des Schlußsatzes deutlich erhellet.

2) Eine solche Verwirrung der Gränzen durch Verletzung der Gränzzeichen oder Verrückung derselben kann entweder durch Zufall, z. B. Ueberschwemmung, feindliche Verheerung, Alterthum der Merkzeichen u. s. w., oder auch vorsätzlich oder betrüglicher Weise geschehen. Für die Hintanhaltung der letzteren Art der Verletzungen sorgt die Strafgesetzgebung, und es ist in einem solchen Falle in der Amtspflicht der Strafbehörde gelegen, dafür zu sorgen, daß der durch Verletzung der Gränzzeichen angerichtete Schade in jeder Hinsicht, folglich auch in Bezug auf die dadurch für die Sicherheit des Eigenthums entstandene Gefahr durch Erneuerung der Gränzen gut gemacht werde. Ist die aber

Verletzung der Gränzzeichen lediglich durch Zufall, oder durch ein einfaches, dem Strafgesetze nicht unterliegendes Verschulden geschehen, so tritt das bürgerliche Rechtsverfahren ein.

3) Verstehen sich die Gränznachbarn nicht auf gütlichem Wege zur Erneuerung der in Verwirrung gerathenen Gränzen, und ist daher derjenige, welchem an jener gelegen ist, zur Anbringung einer Klage gezwungen, — so entsteht die Frage: bey welcher Behörde er dieselbe anzubringen habe? — Es ist kein Zweifel, daß diese Klage ihrer Natur nach eine Realklage sey, weil sie aus dem Eigenthums- oder Besitzrecht entsteht, auch nur gegen den angränzenden Besitzer oder Eigenthümer nicht wegen einer von ihm übernommenen persönlichen Verbindlichkeit, sondern in Ansehung des von ihm besessenen Grund und Bodens gerichtet ist; sie ist daher auch nur bey jenem Richter anzubringen, dem die Realgerichtsbarkeit über jene Gründe zusteht, zwischen welchen die Gränze berichtiget werden soll. Allein, da nicht selten der Fall eintritt, daß benachbarte Gründe verschiedenen Realbehörden unterstehen, so entsteht der Zweifel, bey welcher von diesen Behörden die Gränzscheidungs- oder Berichtigungsklage anzubringen sey? — Hierüber kann es nun vier Meinungen geben. Es kann nähmlich behauptet werden: a) daß die Klage bey jenem Gerichte einzureichen sey, welches über das Gut des geklagten Gränznachbars die Realgerichtsbarkeit ausübt; b) oder daß sie vor jene Realbehörde gehöre, welcher das Gränzgut des Klägers unterworfen ist; c) oder daß es dem Belieben des Klägers anheim gestellt sey, bey welcher aus den mehreren Realinstanzen, denen die angränzenden Güter unterliegen, er die Gränzscheidungsklage anhängig machen wolle; d) oder endlich daß der Fall einer nothwendigen Delegation vorhanden sey, und sohin der Kläger vor Einreichung seiner Klage die Bestimmung des Gerichtes, wo sie angebracht werden soll, bey dem Obergerichte anzusuchen habe.

Zur näheren Erörterung und Prüfung dieser verschiedenen Meinungen führt Herr Professor Fischer Folgendes an [1]):

Was die ersten zwey Meinungen anbelange, so erkläre schon das römische Recht die Gränzscheidungsklage für ein Ju-

[1]) Wag. Zeitschrift 1825. VIII. Heft, S. 130 — 136.

dicium duplex, weil bey ihr jeder Theil, sowohl als Kläger, wie auch als Beklagter, betrachtet werden kann, und dieselbe eben so gut von jenem Nachbar, der nun Geklagter ist, hätte angebracht werden können, wenn ihm sein Gegner nicht zuvorgekommen wäre; eben diese Eigenschaft lege ihr aber auch unser einheimisches Civilrecht bey, weil sie nach demselben von jedem Theilhaber angestellt werden kann; wer daher der ersten oder zweyten Meinung beytreten wollte, der würde die Competenz des Realgerichtsstandes wandelbar machen, und sie von dem zufälligen Umstande, welcher aus den Gränznachbarn in dem Gränzberichtigungsstreite der Prävention ergreift, abhängen lassen; dieses sey jedoch der gesetzlichen Natur der Realgerichtsbarkeit entgegen, wei deren Zuständigkeit durch das Object des eingeklagten Rechtes begründet werde, ohne Rücksicht, welche Partey die Rolle des Klägers, und welche jene des Geklagten übernommen habe. Wäre daher nach der ersten Meinung die Realinstanz jenes Grundes competent, dessen Besitzer der Geklagte ist, so müßte sie es auch seyn, wenn er in demselben als Kläger auftritt, und wenn nach der zweyten Meinung die Klage vor der Realbehörde, welcher das Gränzgut des Klägers unterworfen ist, angebracht werden soll; so müßte sie auch dort anzubringen seyn, wenn er in diesem Gränzscheidungsprozesse Geklagter wäre.

Diesem Bedenken sey die dritte Meinung zum Theil nicht unterworfen. Wenn man nähmlich dem Kläger frey gelassen, sich aus den concurrirenden Realgerichtsständen den Einen auszuwählen, und dort die Klage anzubringen, so gebe man zu, daß, wenn ihm sein Gegner zuvorgekommen wäre, derselbe bey eben dieser Realbehörde die Klage hätte anstellen können, wenn er nicht die andere vorgezogen hätte, auch scheine die Rechtsanalogie für diese Meinung zu sprechen; denn wo eine Concurrenz mehrerer Gerichtsstände, z. B. der Personal-Instanz mit dem Contracts- oder prorogirten Gerichtsstande eintritt, sey sie für den Kläger allezeit eine elective; allein es sey eine petitio principii, wenn man von dem Kläger unter den mehreren, vermeintlich concurrirenden Realgerichtsbehörden die Wahl frey stellt; denn vorher müßte es wohl gewiß seyn, daß in Realsachen eine Concurrenz

mehrerer Gerichtsstände eintreten könne; dieses sey jedoch falsch, weil die Realgerichtsbarkeit durch den Gegenstand des Rechtsstreites begründet sey; eine und dieselbe Sache aber, abgesehen von objectiver Theilung, mehreren Gerichten zugleich nicht unterworfen seyn könne. Ohne Concurrenz der Gerichtsstände lasse sich nun auch kein Wahlrecht des Klägers unter ihnen denken.

Die vierte Meinung enthalte den einzigen Ausweg, den der Kläger einschlagen müsse, um mit seiner Klage den gehörigen Richter nicht zu verfehlen; wenn sie daher auch keinen speciellen, gesetzlichen Grund für sich hätte, so wäre sie doch als letzter Nothbehelf zu billigen; sie lasse sich aber auch aus dem Gesetze rechtfertigen. Es mache nähmlich das Hofdecret vom 30. September 1782 Nr. 86 von der Delegation Erwähnung, welche in einem streitigen Jurisdictionsfalle einzuleiten ist, und verordne, daß das Appellationsgericht hierüber gutächtlichen Bericht nach Hof zu erstatten habe; ein streitiger Jurisdictionsfall sey aber nicht bloß dann vorhanden, wenn zwischen zwey oder mehreren Gerichtsbehörden ein Streit über den Umfang ihrer Gerichtsbarkeit entsteht, sondern auch, wenn aus den bestehenden Jurisdictionsgesetzen nicht entnommen werden kann, vor welchem Richter eine gewisse Streitsache anzubringen sey, und diese Jurisdictionsfrage sey so lange als streitig zu betrachten, folglich der Delegation Raum zu geben, bis sie auf legislativem Wege entschieden und der gehörige Gerichtsstand festgesetzt worden ist.

Ich glaubte hier die Ansicht des Herrn Professors Fischer um so ausführlicher und umständlicher anführen zu müssen, als ich selbst dießfalls einer andern Ueberzeugung bin, und mich daher verpflichtet fühle, die Gründe des Herrn Professors einer genauen Prüfung zu unterziehen.

Wenn es ausgemacht wäre, daß in den gesetzlichen Vorschriften selbst kein Anhaltspunct zu finden sey, den ordentlichen Gerichtsstand der Gränzscheidungsklage auszumitteln, so könnte kein Zweifel seyn, daß sich in jedem vorkommenden solchen Jurisdictionsfalle um Delegation eines Gerichtes an das Appellationsgericht verwendet werden müßte. Allein ich glaube, es lasse sich aus den bereits vorhandenen gesetzlichen Vorschriften die Behauptung

rechtfertigen, daß die Klage bey jenem Gerichte einzureichen sey, welches über das Gut des geklagten Gränznachbars die Gerichtsbarkeit ausübt. — Denn was die Gränzzeichen selbst anbelangt, so sind sie als gemeinschaftliches Eigenthum der Gränznachbarn zu betrachten (§. 844), und da sie Zugehörungen beyder angränzenden Grundstücke sind, die, wie vorausgesetzt, unter verschiedene Realgerichtsbarkeiten gehören, so unterstehen auch diese Gränzzeichen mehreren Jurisdictionen. — Da es sich nun bey der in Rede stehenden Klage um eine Sache handelt, welche mehreren Gerichtsbarkeiten untersteht, so scheint der Kläger, wenn man lediglich von diesem Gesichtspuncte ausgeht, allerdings die Wahl zu haben, sich aus den mehreren Realgerichtsständen Einen auszuwählen. Allein es ist dabey noch in Erwägung zu nehmen, daß keine Erneuerung der Gränzzeichen vor sich gehen könne, ohne daß nicht zugleich der Grund und Boden des Nachbars, an dem die Gränzzeichen anliegen, dadurch afficirt werde. — Derjenige, welcher eine solche Gränzscheidungsklage anstellet, sucht also seinen Nachbar zugleich zu verhalten, daß er an seinen Grundstücken etwas dulde, und in dieser Hinsicht ist also die Realgerichtsbarkeit jenes Grundes competent, der dieses Grundstück des Nachbars unterworfen ist. Daß hier die Competenz des Realgerichtsstandes wandelbar und von dem zufälligen Umstande abhängig gemacht werde, welcher aus den Gränznachbarn in dem Gränzberichtigungsstreite die Prävention ergreife, thut hier nichts zur Sache; weil derjenige, welcher diese Klage anbringt, eben dadurch erkläret, daß er von seiner Seite keinen Anstand nehme, sowohl in der gemeinschaftlichen Sache die nöthigen Aenderungen eintreten zu lassen, als auch, in Bezug auf seinen Grund und Boden, sich alle mit der Gränzberichtigung nothwendig verbundenen Verfügungen gefallen zu lassen. — Auf seiner Seite ist daher kein Grund vorhanden, daß eine Gränzberichtigungsklage erhoben werde, und nicht die Prävention ist es, die hier entscheidet, sondern die Weigerung des Gränznachbars, Jemand anderen eine Handlung zu gestatten, die auf seinen Grund und Boden Einfluß nimmt. Die Gegenstände des eingeklagten Rechtes sind somit lediglich die gemeinschaftlichen Gränzzeichen, und der eigene

Grund und Boden des die Gränzberichtigung verweigernden Nachbars.

§. 851.

Wenn die Gränzen wirklich unkennbar geworden sind, oder bey Berichtigung der Markung ein Streit entsteht, so schützet das Gericht vor Allem den letzten Besitzstand. Wer sich dadurch verletzt zu seyn glaubt, kann die in Ansehung des Besitzrechtes, des Eigenthumes, oder eines anderen Rechtes zustehenden Behelfe der Ordnung nach anbringen (§. 347).

Der vorige §. handelt bloß von dem Falle, als Gefahr vorhanden ist, daß die Gränzen unkenntlich gemacht werden könnten, und lediglich von dem Rechte, was aus dieser Gefahr für jeden Gränznachbar unmittelbar entspringet; der gegenwärtige §. dagegen berührt zwey Fälle, nähmlich den, wo die Gränzen bereits unkenntlich geworden sind, und es sich folglich nicht um eine bloße Berichtigung der Markung, sondern eine völlige Erneuerung derselben handelt; und dann den, wenn in Folge der in Gemäßheit des vorigen §. eingeleiteten Berichtigung der Markung die Gränznachbarn sich über einen oder den anderen Punct nicht vereinigen können. In einem und dem anderen Falle hat sich das Gericht mit Erhebung des letzten Besitzstandes zu befassen, und die Gränzen lediglich nach Maßgabe desselben einstweilen zu reguliren; die Parteyen dagegen mit ihren weiteren Ansprüchen auf den ordentlichen Rechtsweg zu verweisen. — Der gegenwärtige §. sagt, das Gericht habe hier vor Allem den letzten Besitzstand zu schützen, ohne zu unterscheiden, wessen Eigenschaft derselbe sey. — Herr Hofrath von Zeiller commentirt diese Stelle dahin, daß er das Beywort „echt" dazu setzt. Allein ich kann dieser Ansicht nicht beystimmen, sondern glaube, daß der Richter hier von aller Eigenschaft des Besitzes wegzusehen habe. Zu dieser Meinung bestimmt mich nicht allein der Umstand, daß der gegenwärtige §. von der Echtheit des Besitzes keine ausdrückliche

Meldung macht, sondern auch der Schlußsatz; denn indem der Gesetzgeber ausdrücklich anordnet, daß derjenige, welcher durch die Schützung des letzten Besitzstandes verletzt zu seyn glaubt, die ihm in Ansehung des Besitzrechtes zustehenden Behelfe der Ordnung nach anbringen könne, erklärt er ja auch seinen Willen dahin, daß derjenige, welcher bey einer solchen Gränzberichtigung behauptet, der letzte Besitzstand sey unecht, das ihm hieraus zustehende Recht um so mehr abgesondert ausführen müsse, als auch diese possessorische Streitigkeit nach §. 346 nach ordentlicher Verhandlung, in welcher derselbe als Kläger aufzutreten hat, ausgeführt werden muß. — Die richterliche Amtshandlung im Falle des gegenwärtigen §. scheint sich lediglich dahin zu beschränken, die Gränzen nach Maßgabe des gegenseitigen Einverständnisses, oder wo dieses mangelt, des letzten factischen Besitzstandes zu bestimmen, wo dann jedem Theile vorbehalten bleibt, als Kläger aufzutreten, und seine ihm in Folge seines Eigenthumes oder früheren Besitzes zustehenden Rechte in Ausführung zu bringen.

§. 852.

Die wichtigsten Behelfe bey einer Gränzberichtigung sind: Die Ausmessung und Beschreibung, oder auch die Abzeichnung des streitigen Grundes; dann die darauf sich beziehenden öffentlichen Bücher und andere Urkunden; endlich die Aussagen sachkündiger Zeugen, und das von Sachverständigen nach vorgenommenem Augenscheine gegebene Gutachten.

Das Gericht, welches von der einen oder anderen Partey zur Berichtigung der Gränzen aufgerufen wird, hat sich vorzüglich angelegen seyn zu lassen, alle Behelfe zu sammeln, welche zu dieser Berichtigung dienlich seyn können. Das Gesetzbuch gibt im gegenwärtigen §. die vorzüglichsten Behelfe selbst an. Ueber alles, was das Gericht zur Eruirung dieser Behelfe veranlaßt hat, und welches Resultat seine Nachforschungen zur Folge hatte,

ist dann ein ordentliches Protocoll aufzunehmen, welches von den vernommenen Parteyen, Sachverständigen, Zeugen und den anwesenden Gerichtspersonen zu unterzeichnen ist. — Im Falle das Gericht eine gütliche Uebereinstimmung der Parteyen nicht erwirkt, dienen diese hier gesammelten Behelfe dann den Parteyen zur Ausführung ihres Rechtes, das sie im ordentlichen Wege entweder in possessorio oder petitorio auszutragen haben. — In der Entscheidung über die Klage ist auch, wie Herr Hofrath von Zeiller bemerkt, auf den Ersatz der entzogenen Früchte, Nutzungen und der Kosten Bedacht zu nehmen (§. 379).

§. 853.

Beweiset keine Partey ein ausschließendes Besitz- oder Eigenthumsrecht; so vertheilt das Gericht den streitigen Raum nach Maß des bisherigen ruhigen Besitzstandes. Ist aber der Besitzstand zweifelhaft, so wird der streitige Raum zwischen den Parteyen nach Verhältniß des Besitzes, von welchem der Anspruch ausgehet, mit Beyziehung der Kunstverständigen vertheilt, und hiernach die Markung vorgenommen.

1) Der Eingang des gegenwärtigen §. scheint eine bloße Wiederhohlung desjenigen zu seyn, was bereits der §. 851 angeordnet hat. — Allein die Sache genauer erwogen, ergibt sich, daß beyde §§. zwey verschiedene Fälle voraussetzen. Der §. 851 redet nur von der Feststellung eines provisorischen Rechtszustandes, und weiset diejenigen, welche sich dadurch verletzt glauben, an, die ihnen in Ansehung des Besitzrechtes oder Eigenthumes zustehenden Behelfe der Ordnung nach anzubringen, und der gegenwärtige §. bestimmet nur, was Rechtens seyn soll, wenn der eine oder andere Theil seine Behelfe zum Erweise eines ausschließenden Besitz- oder Eigenthumsrechtes vorgebracht hat, und es sich nicht mehr um Feststellung eines provisorischen Zustandes, sondern um die Bestimmung des definitiven Rechtszustandes handelt.

2) Können daher die älteren Gränzzeichen nicht mehr aufgefunden, und auch auf anderem Wege die eigentlichen Gränzen nicht mehr erörtert werden, und beweiset kein Theil sein angesprochenes, ausschließendes Recht auf den streitigen Raum weder in petitorio noch possessorio, so wird dieser Raum unter die Parteyen in dem Maße, als sie ihn bis zum erhobenen Streite ruhig besessen haben, vertheilt. Im Falle als auch dieser Besitzstand zweifelhaft bliebe, ist der streitige Raum gleichsam als ein Zuwachs aller angränzenden Grundstücke zu betrachten, und nach Maß ihrer angränzenden, ihnen unstreitig gehörigen Grundstücke zu vertheilen.

§ 854.

Vermuthete Gemeinschaft.

Erdfurchen, Zäune, Hecken, Planken, Mauern, Privatbäche, Canäle, Plätze und andere dergleichen Scheidewände, die sich zwischen benachbarten Grundstücken befinden, werden für ein gemeinschaftliches Eigenthum angesehen; wenn nicht Wapen, Auf- oder Inschriften, oder andere Kennzeichen und Behelfe das Gegentheil beweisen.

1) In Conformität mit dem preußischen Landrechte und dem französischen Civil-Coder hat hier das österreichische Gesetzbuch nebst der aus einem rechtmäßigen Titel und einer rechtlichen Erwerbungsart, erwiesenen Gemeinschaft des Eigenthums und anderer dinglichen Rechte (§§. 825 — 853) auch eine vermuthete Gemeinschaft statuirt, welche zwischen benachbarten Grundbesitzern in Ansehung der zwischen ihren Grundstücken sich befindenden Scheidewände Statt findet.

2) Herr Hofrath von Zeiller bemerkt dabey in seinem Commentare, daß auf die Gemeinschaft überhaupt die in dem gegenwärtigen Hauptstücke aufgestellten Vorschriften anzuwenden seyen; allein ich halte diese Behauptung in ihrer ganzen Ausdehnung nicht für richtig, sondern glaube gerade hier auf einen wesentlichen Unter-

schied aufmerksam machen zu müssen. — Die Vorschriften, welche nähmlich über die Gemeinschaft des Eigenthumes im gegenwärtigen Hauptstücke aufgestellt sind, begünstigen die Aufhebung der Gemeinschaft und Umwandlung des gemeinschaftlichen Eigenthums in das ausschließende Eigenthum der Theilhaber. — In diesem Geiste ordnet der §. 831 an, daß die eingegangene Verbindlichkeit zur Fortsetzung der Gemeinschaft auf die Erben nicht übergehe (§§. 831 u. 832); außer einer solchen besonderen Verbindlichkeit kann aber jeder Theilhaber die Aufhebung der Gemeinschaft in der Regel verlangen (§. 830), und ist die gemeinschaftliche Sache ihrer Natur nach untheilbar, so kann jeder Theilhaber die Veräußerung derselben und Vertheilung des Kaufschillings begehren (§. 843). Diese Bestimmungen sind offenbar auf Gränzzeichen nicht anwendbar; denn bey Gränzzeichen gehet gerade die Gesetzgebung ganz von einem entgegengesetzten Principe aus. — Sie befiehlt, daß selbst dort, wo sie nicht bestehen, solche Gränzzeichen errichtet werden sollen (§. 845), kann also um so weniger gestatten, daß bereits bestehende Gränzzeichen auf Verlangen eines Theilgenossen veräußert werden, und da sie selbe zugleich als untheilbare Sachen erklärt (§. 844), so begründet sie ganz den im Allgemeinen aufgestellten Principien entgegen eine immerwährende Gemeinschaft der Gränzzeichen unter den angränzenden Grundbesitzern.

3) Unter Behelfe versteht hier das Gesetz jedes, wie immer geartete Beweismittel, durch welches ein Grundbesitzer das ausschließende Eigenthum einer solchen Scheidewand zu erweisen im Stande ist. — Es ist also auch der Zeugenbeweis hier nicht ausgeschlossen. Wer daher z. B. seinem Nachbar erlaubt hat, bloß an seiner Wand anzubauen, und bey hernach entstandenem Streit über das Eigenthum der Mauer dieß durch Zeugen beweisen kann, muß allerdings mit dem Beweise gehöret werden. Denn, wenn sogar die Merkmahle (worunter keine anderen als die des Anbaues verstanden werden können) hier entscheiden sollen, so ist kein Grund vorhanden, einen solchen Beweis auszuschließen. Ueberall wird bey den in dem Gesetze zugelassenen Beweisen vorausgesetzt daß Niemand vorhanden ist, welcher darthun könnte, daß die Mauer

von ihm selbst oder einem seiner Vorfahren in Eigenthume aufgeführt worden, und daher sein ausschließendes Eigenthum sey [1]).

§. 855.

Jeder Mitgenosse kann eine gemeinschaftliche Mauer auf seiner Seite bis zur Hälfte in der Dicke benützen, auch Blindthüren und Wandschränke dort anbringen, wo auf der entgegengesetzten Seite noch keine angebracht sind. Doch darf das Gebäude durch einen Schornstein, Feuerherd und andere Anlagen nicht in Gefahr gesetzt, und der Nachbar auf keine Art in Gebrauch seines Antheils gehindert werden.

1) Der gegenwärtige §. dehnet die Rechte des Miteigenthümers etwas weiter aus, als sich aus dem §. 829, welcher dießfalls die Regel aufstellet, folgern ließe. Denn aus dem im §. 361 entwickelten Begriffe eines Miteigenthums gehet hervor, was auch schon dort Nr. 3 bemerkt worden ist, daß jedem Theilhaber einer gemeinschaftlichen Sache kein physischer, sondern nur ein ideeller Antheil zukomme, und daß somit jedem Theilhaber nicht nur an der ganzen Sache, sondern auch an allen einzelnen Theilen des Ganzen ein solcher ideeller Antheil zustehe. Es kann daher in der Regel kein Miteigenthümer mit einem physischen Bestandtheile der gemeinschaftlichen Sache eine Veränderung ohne Einstimmung seines Mitgenossen vornehmen. Nach diesem aufgestellten Grundsatze könnte daher auch kein Mitgenosse einer gemeinschaftlichen Mauer an dem Theile, der auf seiner Seite verbindlich ist, ohne Einstimmung des anderen solche Handlungen vornehmen, zu welchen er im gegenwärtigen §. ausdrücklich berechtiget wird. Daß hier eine Ausdehnung der Rechte der Mitgenossen erzielet werde, wird um so klarer, wenn man erwägt, daß eben dadurch, daß ein Mitgenosse solche Blindthüren

1) Man sehe den Commentar des Dr. Christoph Christian Dabelow über den Code-Napoleon. 2. Th., S. 56.

und Wandschränke anbringt, der andere Theil eben dadurch gehindert werde, auf seiner Seite solche am entgegengesetzten Orte anzubringen.

2) Indessen darf das Benützungsrecht des Theilhabers nicht dahin ausgedehnt werden, daß dadurch für die Sache selbst eine Gefahr herbeygeführt werde. — Es sind sich daher hier auch die §§. 340 — 342 des Gesetzbuches vor Augen zu halten.

3) Der gegenwärtige §. sagt auch, daß durch solche Unternehmungen der Nachbar auf keine Art in dem Gebrauche seines Antheiles gehindert werden dürfe. Daraus ziehe ich die Folgerung, daß es jedem Theilgenossen nur erlaubt sey, die Hälfte der auf seiner Seite befindlichen Scheidewand der Länge nach zu dergleichen Blindthüren und Wandschränken zu benützen, weil dem anderen Theilgenossen das gleiche Recht der Benützung zustehet. Da ihm aber nach dem gegenwärtigen §. nicht erlaubt ist, solche Wandschränke auf seiner Seite an einem solchen Orte anzubringen, wo auf der entgegengesetzten Seite sich bereits ein solcher Wandschrank befindet, so lassen sich die Rechte der gemeinschaftlichen Eigenthümer nur auf die hier angedeutete Art und Weise in Uebereinstimmung bringen, nähmlich dadurch, daß der eine Theilhaber dem anderen einen gleich großen Raum zu ähnlichen Unternehmungen übrig lasse.

§. 856.

Alle Miteigenthümer tragen zur Erhaltung solcher gemeinschaftlichen Scheidewände verhältnißmäßig bey. Wo sie doppelt vorhanden sind, oder das Eigenthum getheilt ist, bestreitet jeder die Unterhaltungskosten für das, was ihm allein gehört.

1) Diese Anordnung gründet sich in der schon §. 839 ausgesprochenen Regel, daß die gemeinschaftlichen Nutzungen und Lasten nach dem Verhältnisse der Antheile ausgemessen werden, die die Theilhaber an der gemeinschaftlichen Sache haben. — Ist also eine weiter fortlaufende Mauer zum Theil zwischen A und B, zum Theil aber zwischen A und C gemeinschaftlich, so wird der

erstere Theil von A und B, der fernere von A und C im guten Stande erhalten.

2) Der französische Civilcodex ordnet §. 633 an, daß in Städten und Vorstädten Jeder seinen Nachbar zwingen könne, daß er zur Erbauung und Reparatur der Scheidewand beytrage. Die Verfasser desselben gingen dabey wahrscheinlich von dem Gesichtspuncte aus, daß von einer Scheidewand beyde Gränznachbarn Nutzen ziehen, weil dadurch für die Abtheilung von dem fremden Raume gesorgt ist. — Der österreichische Gesetzgeber blieb dagegen auch hier dem allgemeinen Grundsatze getreu, vermög welchem jeder, dem das Alleineigenthum von einer Sache zusteht, auch die Erhaltungskosten derselben allein tragen müsse, — und es steht diese Anordnung offenbar mit der nachfolgenden (§. 858), daß der ausschließende Besitzer nicht schuldig sey, seine verfallene Mauer oder Planke neu aufzuführen, im Zusammenhange. — Aus dem Gesagten ergibt sich auch, die bereits vom Herrn Hofrathe von Zeiller angezeigte Folge, daß sich der Miteigenthümer von einem Beytrage der Regel nach dadurch schützen könne, wenn er sein Miteigenthum dem andern abtritt oder selbes gänzlich aufgibt. Dieses bestätigt auch die Analogie des §. 483.

3) Aus dem gegenwärtigen §. ist auch die Frage zu beantworten: wie in dem Falle, daß die Stockwerke eines Hauses verschiedenen Eigenthümern gehören, die Erhaltungskosten zu theilen seyen? Der französische Civilcodex stellt dießfalls folgende Normen auf:

a) „Die Hauptmauer und das Dach fallen allen Eigenthümern zur Last, jedem nach Verhältniß des Werthes des ihm zugehörigen Stockwerkes." Da die Hauptmauer als ein gemeinschaftliches Eigenthum aller Theilhaber angesehen werden muß, so muß nach §. 839 ein Gleiches auch nach österreichischem Rechte behauptet werden. — b) „Der Eigenthümer eines jeden Stockwerkes läßt den Fußboden seines Stockwerkes machen." Auch diese Anordnung stimmt mit den Grundsätzen des österreichischen Gesetzbuches überein. — c) „Der Eigenthümer des ersten Stockes ist

verbunden, die Treppe machen zu lassen, welche zu dem zweyten Stockwerke führt; der Eigenthümer des zweyten Stocks die Treppe, welche zum dritten Stockwerke führt u. s. w." Gegen die Annahme dieser dritten Bestimmung könnte der Anstand erregt werden, daß der Eigenthümer des unteren Stockwerkes von der Treppe, welche in das obere Stockwerk führt, am wenigsten Nutzen ziehe, sondern diejenigen davon die meisten Vortheile genießen, welche in den oberen Stockwerken wohnen. — Allein da die Stiege, welche von einem unteren Stockwerke in das obere führt, einen Theil dieses unteren Stockwerkes ausmacht, so muß der Eigenthümer des letzteren auch als Eigenthümer der Stiege angesehen werden; und es liegt ihm daher eben nach Vorschrift des gegenwärtigen §. die Verpflichtung zur Herstellung ob. Da indessen der Eigenthümer des unteren Stockwerkes verpflichtet ist, zu dulden, daß die Eigenthümer der oberen Stockwerke sowohl, als diejenigen, welche sie besuchen, sich dieser Stiege bedienen, so ist sich zugleich hier der §. 483 vor Augen zu halten. Es ist dabey auch zu berücksichtigen, daß bey dem Umstande, als der Dachstuhl und der Dachboden als ein gemeinschaftliches Eigenthum angesehen werden muß, auch den Besitzern der unteren Stockwerke das Recht zustehen muß, die Zugänge zu dem Dachboden zu benützen.

4) Der französische Civilcodex berührt gleichfalls ausdrücklich die Frage: was Rechtens sey, wann ein Miteigenthümer die gemeinschaftliche Mauer erhöhen lassen will? — und beantwortet ihn dahin [1]), daß er dieses thun könne; jedoch müsse er die Kosten der Erhöhung und die Unterhaltungskosten des Theiles, der über die gemeinschaftliche Mauer hinaufgehet, allein tragen; übrigens aber im Verhältnisse zur Erhöhung, nach Maßgabe des Werthes, eine Entschädigung wegen der verursachten Belastung (der Mauer) bezahlen. — Ist die gemeinschaftliche Mauer nicht stark genug, um die Erhöhung zu tragen, so muß derjenige, der sie erhöhen will, sie auf seine Kosten von Grund aus neu aufbauen lassen, und die Breite muß bloß nach seiner Seite zu

1) Art. 658 u. 659.

vermehret werden. — Stellen wir diesen Fall unter das österreichische Gesetz, so wäre er, nach meiner Ansicht, auf folgende Art zu entscheiden: — Hat ein Theil den Antrag, die gemeinschaftliche Mauer erhöhen zu lassen, welchem jedoch der andere Theil seine Beystimmung nicht schenket, so tritt, da von einer Stimmenmehrheit hier keine Rede seyn kann, die Vorschrift des §. 835 in Anwendung. Es muß daher der Versuch gemacht werden, die Parteyen darüber zu vereinigen, ob sie die Frage: ob diese vorgeschlagene Veränderung an der gemeinschaftlichen Mauer vor sich gehen solle oder nicht? nicht durch das Loos oder einen Schiedsmann entscheiden lassen wollen. — Können sich die Parteyen hierüber nicht vereinigen, so muß diese Sache der richterlichen Entscheidung unterzogen werden, und der Richter entscheidet hier nicht nach strengen Rechtsnormen, sondern nach den Grundsätzen der Billigkeit (§. 835 Nr. 2). Die Grundsätze der Billigkeit dürften aber gerade der oben angeführten Anordnung des französischen Codex das Wort sprechen. Darum entscheidet auch Herr Hofrath von Zeiller den gesetzten Rechtsfall dahin, daß, wenn ein Miteigenthümer die gemeinschaftliche Mauer auf seine Kosten erhöhen wollte, dieses ihm, in so fern er den Mitgenossen für die größere Belastung der Mauer schadlos zu halten bereit ist, verstattet werden müßte.

§. 857.

Ist die Stellung einer Scheidewand von der Art, daß die Ziegel, Latten oder Steine nur auf Einer Seite vorlaufen oder abhängen; oder sind die Pfeiler, Säulen, Ständer, Bachställe auf Einer Seite eingegraben; so ist im Zweifel auf dieser Seite das ungetheilte Eigenthum der Scheidewand, wenn nicht aus einer beyderseitigen Belastung, Einfügung, aus anderen Kennzeichen, oder sonstigen Beweisen das Gegentheil erhellet. — Auch derjenige wird für den ausschließenden Besitzer einer Mauer gehalten, wel-

cher eine in der Richtung gleich fortlaufende Mauer von gleicher Höhe und Dicke unstreitig besitzt.

1) Der §. 854 hat die Vermuthung aufgestellet, daß Scheidewände aller Art als ein gemeinschaftliches Eigenthum anzusehen seyen, wenn nicht Wapen, Auf- oder Inschriften, oder andere Kennzeichen und Behelfe das Gegentheil erweisen. Solche Kennzeichen, aus denen das Gegentheil dargethan werden kann, führt nun der gegenwärtige §. auf. — Es entstehet nur hier die Frage: ob diese die einzigen seyen, oder ob es außer ihnen noch andere gebe, aus denen auf ein ausschließendes Eigenthum des einen oder anderen Theiles geschlossen werden muß? Ich glaube, daß das Gesetz hier nur einige, und zwar die Hauptmerkmahle, angebe, andere jedoch keineswegs ausschließe. — Denn der §. 854 beschränkt sich nicht auf die im gegenwärtigen §. angegebenen Merkmahle, sondern läßt durch den Ausdruck „andere Kennzeichen" dem Richter einen größeren Raum bey seiner Beurtheilung.

2) Bey einem Scheidegraben kann als ein Kennzeichen, daß er nicht gemeinschaftlich sey, angesehen werden, wenn der Erdwall oder Aufwurf der Erde sich nur auf Einer Seite des Grabens befindet, wo alsdann zu vermuthen ist, daß der Graben ausschließend demjenigen zugehöre, auf dessen Seite sich der Aufwurf befindet.

3) Alle hier angeführten Kennzeichen lassen jedoch einen Gegenbeweis zu, der nicht nur durch die gewöhnlichen Beweisarten, wie durch Urkunden, Zeugen u. s. w., sondern auch aus entgegengesetzten überwiegenden Merkmahlen des gemeinschaftlichen Eigenthums hergestellt werden kann, worunter, wie von Zeiller bemerkt, vorzüglich die gemeinschaftliche Benützung der Scheidewand zu zählen ist.

§. 858.

In der Regel ist der ausschließende Besitzer nicht schuldig, seine verfallene Mauer oder Planke

neu aufzuführen; nur dann muß er sie im guten Stande erhalten, wenn durch die Oeffnung für den Gränznachbar Schaden zu befürchten stünde. Es ist aber jeder Eigenthümer verbunden, auf der rechten Seite seines Haupteinganges für die nöthige Einschließung seines Raumes, und für die Abtheilung vom fremden Raume zu sorgen.

1) Die Eingangsworte des gegenwärtigen §. sind eine natürliche Folgerung aus dem im §. 362 ausgesprochenen Grundsatze, daß der Eigenthümer frey über sein Eigenthum verfügen, und seine Sache nach Willkühr benützen oder unbenützt lassen könne. Da aber das Gesetz Gränzmauern darum in besonderen Schutz nimmt, weil sie gegen die gegenseitigen Eingriffe sicher stellen, das Eigenthum auf eine deutliche und unwandelbare Art bezeichnen (§. 845), folglich Streitigkeiten vermeiden, und noch andere mannigfaltige Vortheile gewähren [1]), so fügt es hier der freyen Ausübung des Eigenthumsrechtes, welche im §. 362 ohnehin nur als Regel ausgesprochen ist, die Beschränkung hinzu, daß der Eigenthümer die verfallene Gränzmauer oder Planke in gutem Stande erhalten müsse, wenn durch die Oeffnung für den Gränznachbar Schaden zu befürchten stünde.

2) Was versteht aber hier das Gesetz unter Schaden? Herr Hofrath von Zeiller erläutert diese beschränkende Anordnung dahin, daß er sagt: „Doch darf dieses Recht nicht so weit gehen, daß dem Nachbar aus dem Einsturze (§. 343), oder durch die Oeffnung der verfallenden Mauer wegen besorglichen Verwüstungen des Viehes, oder Einströmung des Regenwassers u. dgl. Schaden bevorstünde." Es scheint sohin unter Schaden hier jede Art des Nachtheiles zu verstehen, welcher dem Gränznachbar für den Fall drohet, wenn die Oeffnung nicht wieder vermacht wird. — Eine mehr beschränkende Erklärung dieser Gesetzesstelle gibt Herr Professor Schuster [2]), indem er sagt, daß nach dem deutlichen Ausspruche des §. 1294 das Gesetz unter Schaden eine wider-

1) Siehe Schusters Baurecht S. 77.
2) A. a. O. S. 77 — 79.

rechtliche Handlung oder Unterlassung einer obliegenden Pflicht verstehe, und auf letzterer die ganze Tendenz des gegenwärtigen §. beruhe, weil er eine durch die unterlassene Herstellung der Mauer verursachte Beschädigung voraussetzt. Man müsse daher hier jene Gattungen der Pflichten untersuchen, die durch das Stehenlassen der Oeffnung verletzt werden könnten, wornach sich keine anderen ergeben werden, als entweder die kraft einer bestellten Dienstbarkeit übernommene Pflicht, die Mauer im guten Stande zu erhalten (§. 476), oder die Pflicht, einen ferneren Einsturz, von welchem der Nachbar bedroht wird, nach Anordnung des §. 343 abzuwenden, oder endlich der uns zur Abhülfe verpflichtende Umstand, daß der Gränznachbar gegen den geistigen Sinn der in dem Hauptstücke von Dienstbarkeiten enthaltenen Grundsätze durch diese Oeffnung künftig etwas von dem Unsrigen, z. B. das in unserm Raum gesammelte Regenwasser, aufnehmen müßte, was er bisher aufzunehmen nicht verbunden war; denn wer in das benachbarte Grundstück etwas von dem Seinigen einlasse, maße sich eben dadurch, daß er eine Duldung in Anspruch nimmt (§. 472), eine Dienstbarkeit an, die er jedoch erst erwerben müsse (§. 480). Zeige sich nun keine Verletzung irgend einer dieser Pflichten, so trete die volle Wirksamkeit des Eingangs des gegenwärtigen §. ein; nähmlich, daß in der Regel ein Besitzer nicht schuldig sey, seine verfallene Planke oder Mauer neu aufzuführen. — Wünsche ein Besitzer durch eine Mauer gegen das Eindringen des Viehes oder des Diebsgesindels, welchem die Anrainer wechselseitig ausgesetzt seyn, sichergestellt zu werden, so sey er nicht berechtiget, die Erbauung von den Anrainern anzusprechen, sondern er müsse die Mauer auf eigene Kosten errichten, weil ihm die Quelle mangle, die ein persönliches Sachenrecht zu begründen vermag.

Allein ich kann dieser einschränkenden Erklärung, oder eigentlich der Begründung derselben nicht durchgehends beystimmen. — Denn es scheint mir vor Allem unrichtig, daß das Gesetz in den Begriff des Schadens eine widerrechtliche Handlung oder Unterlassung einer obliegenden Pflicht gelegt habe, da der citirte §. 1294 nicht den Begriff einer Beschädigung, sondern die

Quellen, aus denen eine solche entsteht, angibt, und unter diesen nebst der widerrechtlichen Handlung oder Unterlassung, auch ausdrücklich den Zufall anführt. Wollte man die Eingangsworte des gegenwärtigen §. mit Zuhülfenahme der §§. 1293 und 1294 förmlich umschreiben, so müßte man den Eingang des §. auf folgende Art textiren: „In der Regel ist der ausschließende Besitzer nicht schuldig, seine verfallene Mauer oder Planke neu aufzuführen; nur dann muß er sie im guten Stande erhalten, wenn durch die Oeffnung für den Gränznachbar Nachtheil an seinem Vermögen, Rechten oder seiner Person (§. 1293) zu befürchten stünde, dieser mag aus einer widerrechtlichen Handlung, oder Unterlassung eines Anderen, oder aus einem Zufalle entspringen." Die Tendenz des gegenwärtigen §. gehet daher nach meiner Ueberzeugung allerdings dahin, dem Eigenthümer der Gränzmauer oder Planke eine mehrere Verbindlichkeit aufzulegen, als ihm ohne diese ausdrückliche Vorschrift des Gesetzes sonst obgelegen wäre. — Indessen muß dabey nicht übersehen werden, daß der Grund der Beschädigung nach der Vorschrift des gegenwärtigen §. gerade in der Oeffnung, welche sich in der Mauer oder Planke befindet, liegen müsse, und daß somit der Gränznachbar für jeden Schaden nicht verantwortlich, und auch zur Hintanhaltung desselben nichts zu unternehmen verpflichtet sey, welcher auch dann entstanden seyn würde, wenn gar keine Mauer oder Planke sich zwischen beyden Grundstücken befinde.

3) Nach der Vorschrift des gegenwärtigen §. liegt auch jedem Gränznachbar ob, auf der rechten Seite seines Haupteinganges für die nöthige Einschließung seines Raumes und die Abtheilung von dem fremden Raume zu sorgen. Ich halte diese Stelle des Gesetzbuches für eine der schwierigsten bey der Commentirung. Herr Hofrath von Zeiller sagt dießfalls Folgendes: „In wie fern ein Grundeigenthümer seinen Grund einzuschließen, und welchen Raum man, zur Verhüthung der Gränzstreitigkeiten, zum Wohl der Nachbarn, oder der allgemeinen Wohlfahrt wegen, zwischen benachbarten liegenden Gütern frey zu lassen verpflichtet sey, ist ein Gegenstand der politischen Gesetzgebung. Sobald es aber gewiß ist, daß man für die Einschließung seines Raumes und für

die Abtheilung von dem fremden Raume sorgen müsse, so liegt jedem Eigenthümer diese Sorge an der rechten Seite seines Haupteinganges ob, und er wird dieser Verbindlichkeit durch einen neuen Bau seines Haupteinganges nicht enthoben. Für die Einschließung und Abtheilung von der linken Seite sorgt der Nachbar, dem letztere zur Rechten liegt." Zugleich bemerkt dieser verewigte Commentator in der Anmerkung, daß die nähere Bestimmung und Anwendung nach der alten Plankenordnung als ein Ausfluß des bergherrlichen Rechtes der politischen Behörde zukomme. Gegen diese Ansicht spricht sich eine von der niederösterreichischen Regierung am 24. May 1820 an den Magistrat Wien erlassene Verordnung aus [1]), deren Inhalt im Wesentlichen folgender ist: „Vermöge der Geschäftspraxis und nach dem Geiste der ganzen Gesetzgebung gehören Gegenstände, welche das rechtliche Privat-Verhältniß der Bürger zunächst berühren, so oft darüber Streitigkeiten entstehen, zur Behandlung der Justizbehörden. — Angelegenheiten hingegen, bey welchen daß Privat-Interesse der Individuen gar nicht, oder nur in einer untergeordneten Beziehung eintritt, wo also entweder ausschließend, oder doch vorzüglich nur öffentliche Rücksichten eintreten, welche aufrecht erhalten werden müssen, um der Erreichung des Staatszweckes nicht hinderlich zu seyn, gehören in den Wirkungskreis der politischen Behörden. Diesen Grundsatz auf Einfriedungs-Streitigkeiten angewendet, ergibt sich unzweydeutig, daß es dem Staate ganz gleichgültig sey, ob ein Besitzer seinen Grund einfriede oder nicht, ob und von wem, und in welcher Art er diese Einfriedigung verlange, daß daher für die oberste Staatsgewalt gar kein Grund gedacht werden könne, hier gegen seine Bürger von Amtswegen mit zwangweisen Verfügungen in das Mittel zu treten. Dagegen kann es dem einzelnen Individuum oft nicht gleichgültig, ja höchst wichtig seyn, daß sein Besitzthum eingefriedet werde, und daß diese Einfriedung ganz oder zum Theil von seinen Nachbarn übernommen werde; dann aber muß er seine Forderung auf irgend einen Rechtstitel, als: Verjährung, Verträge, Urkunden u. s. w. gegen einen Dritten

1) Siehe Gesetzsammlung für Oesterreich unter der Enns. 2 B., S. 350; u. Winniwarters Handbuch 2 B., S. 306 — 308.

stützen, er muß ihn also auch darüber bey seiner Personal-Instanz belangen. Da die Civil-Justizgesetze die erforderlichen Bestimmungen, ähnliche Privatstreitigkeiten zu entscheiden, enthalten, so ist die öffentliche Verwaltung dabey nur in so weit interessirt, als sie darüber zu wachen hat, daß überhaupt das Eigenthumsrecht der Privaten gegen den Angriff eines Dritten nach der Vorschrift der Civil-Justizgesetze geschützet werde. So viel es die für die Behauptung, daß Einfriedungs-Streitigkeiten auf den politischen Weg gehören, angeführten positiven Verordnungen betrifft, so sey

a. die uralte Berg- und Planken-Ordnung, die seit Jahrhunderten beobachtet worden seyn soll, nach welcher der Untere den Oberen, und der Innere den Aeußern einfrieden muß, weder in dem Codice Austriaco, noch in einer anderen Gesetzsammlung aufzufinden, und würde, wenn sie auch jemahls bestanden hätte, durch die späteren, das Eigenthumsrecht regelnden Gesetze des Civil-Gesetzbuches schon lange aufgehoben seyn.

b. Eben so wenig kann das Recht, die Einfriedigungen im Allgemeinen von Amtswegen auf dem politischen Wege zu reguliren, aus der Weingartordnung vom Jahre 1368 und aus der Handfeste Georg Albrechts I. vom Jahre 1296 abgeleitet werden.

Diese alten Verordnungen seyen keineswegs als dem Magistrate Wien verliehene Privilegien, sondern als Bestimmungen der Art, wie dieser Geschäftszweig, und von wem er behandelt werden soll, anzusehen. — Als Privilegien würden sie auch schon lange erloschen seyn, weil sie von den nachfolgenden Regenten nicht bestätiget wurden; sie sind aber auch größtentheils durch die in dem dermahl bestehenden Civil-Codex festgesetzten Bestimmungen über das Eigenthumsrecht ausdrücklich aufgehoben worden. Endlich würden diese für das Bergamt erlassenen Anordnungen nur auf die Weingärten Bezug haben, keineswegs aber würden sie auf die, einer andern Verwendung zugeführten Weingärten, und noch weniger auf andere Grundstücke und Liegenschaften angewendet werden können, worüber die Norm der Entscheidung bey vorkommenden Einfriedungs- und anderen Eigenthumsstreitigkeiten in dem bürgerlichen Gesetzbuche vorgeschrieben ist."

Herr Professor Helfert geht bey Erläuterung dieser Gesetzesstelle [1]) von dem Grundsatze aus, daß, abgesehen von einem Vertrags- oder einem solchen individuellen Verhältnisse, welches aus einem besonderen Verpflichtungsgrunde Obligationen nach sich zieht, es keine völlig bestimmte Pflicht gebe, sich für einen Anderen thätig zu zeigen, sein Eigenthum oder seine Rechte zu sichern, oder gar zu dem Ende einen Aufwand für ihn zu machen. Der gegenwärtige Paragraphsabsatz enthalte keine dieser allgemeinen Regel derogirende Bestimmung, indem er nicht davon spreche, daß ein Nachbar zum Vortheile des anderen bauen, oder was dasselbe sey, daß ein Nachbar seinen Raum einzuschließen habe, damit der andere gegen Diebstähle von Menschen, gegen den Anlauf des Viehes oder auch zufällige Beschädigungen von des ersteren Seite her, geschützt sey, oder damit das beyderseitige Eigenthum zum Vortheile des ersteren auf eine deutliche und unwandelbare Art bezeichnet, und Besitz- und andere Streitigkeiten hintangehalten werden; sondern davon, daß, wenn eine Mauer oder Planke, welche bisher zur Scheidewand benützt worden war, verfallen ist, oder in schlechten Stand zu kommen anfängt, und aus der unterlassenen Wiederherstellung in den vorigen Stand für den Gränznachbar Schade zu befürchten steht, dieser den andern damahls zur neuen Aufführung der eingegangenen oder Ausbesserung der beschädigten Mauer verhalten könne, wo es nicht erweislich ist, daß sie sein ausschließend eigenes, oder ein ihnen beyden gemeinschaftliches Eigenthum sey. Denn dieser zweyte Absatz stehe mit dem vorhergehenden in genauer Verbindung, was sich besonders durch das Wörtchen aber bezeichne. Nur dann werde von dem Gesetze die Vornahme eines Baues oder die Niederreißung eines Werkes befohlen, wenn dadurch die Rechte eines Andern gefährdet werden. — Dem Gesagten zufolge könne dieser letztere Absatz in Verbindung mit dem vorhergehenden nur dahin gedeutet werden, daß der Eigenthümer auf der rechten Seite seines Haupteinganges seinen Raum nur dann einzuschließen und vom fremden Raume zu sondern habe, wenn zwischen dem Raume des einen und anderen Eigenthümers

1) Siehe Wagn. Zeitschrift 1826, V. Heft. S. 229 — 247.

bereits eine Mauer, Planke oder was immer sonst für eine Scheidungswand sich befunden hat, solche eingegangen und beschädigt worden ist, und dabey für den anderen Gränznachbar ein Schade zu befürchten ist. Hierbey werde vorausgesetzt, daß nicht etwa die verfallene Zwischenwand nach den in den §§. 854 und 857 enthaltenen Bestimmungen sich als ein gemeinschaftliches Eigenthum beyder, oder als ein sicheres Eigenthum desjenigen darstelle, dessen Grund auf der linken Seite seines Haupteinganges gelegen ist. Trete einer dieser Fälle ein, so komme es davon ab, daß der Eigenthümer auf der rechten Seite den Bau vorzunehmen verbunden ist, indem sonst der erste Absatz des gegenwärtigen §., daß nähmlich der ausschließliche Eigenthümer die fragliche Last auf sich habe, ohne Bedeutung wäre, und dieser §. mit dem §. 856 in Widerspruch käme. — Der zweyte Absatz des gegenwärtigen §. habe demnach offenbar nur auf den Fall Rücksicht genommen, wenn bey dem Vorhandenseyn obiger Bestimmungen gewisse Belege, aus denen das gemeinschaftliche Eigenthum beyder, oder das alleinige Eigenthum eines Gränznachbars unverkennbar nachgewiesen werden kann, ermangeln. — Dieser Behauptung könne freylich entgegnet werden, daß auf diese Art die dem rechten Nachbar aufgebürdete Verbindlichkeit kaum zur Ausführung kommen könne, weil Scheidewände, in so fern keiner der Nachbarn ein ausschließliches Eigenthum nachzuweisen im Stande ist, als ein gemeinschaftliches Eigenthum angesehen werden müssen; daher in einem solchen Falle auch die Herstellung beyden Theilen obliege (§. 854). Allein dieser Anstand behebe sich dadurch, wenn man annimmt, daß der §. 854 eine allgemeine Vorschrift aufstelle, wie es mit den zwischen benachbarten Grundstücken befindlichen Gränzen überhaupt zu halten sey, und daß diese allgemeine Vorschrift durch die specielle Bestimmung im zweyten Absatze des gegenwärtigen §. aufgehoben werde.

Ich muß gestehen, daß ich die in diesem Aufsatze vorkommenden Behauptungen zu vereinigen nicht wohl im Stande bin. Es wird nähmlich behauptet, daß der letzte Paragraphs-Absatz mit dem vorhergehenden in genauer Verbindung stehe, und doch sollen beyde von ganz verschiedenen Fällen sprechen; nähmlich

der erstere: wenn weder das ausschließliche noch das gemeinschaftliche Eigenthum erwiesen werden kann, und der letztere, wenn ausgemacht ist, daß die Scheidewand das ausschließliche Eigenthum eines der Nachbarn ist. — Es ist mir nicht erklärbar, warum der Gesetzgeber, der im §. 854 die Vermuthung aufgestellt hat, daß Scheidewände ein gemeinschaftliches Eigenthum der Nachbarn seyen, doch in Ansehung der Folgerungen aus diesem Satze einen Unterschied gemacht haben sollte, ob die Gemeinschaft wirklich erwiesen sey, oder bloß vermuthet werde; und daß er, wenn er wirklich diesen Unterschied machen wollte, sich nicht deutlich hierüber erklärt haben sollte. — Wer der Ansicht des Herrn Professor Helfert beypflichtet, muß den §. 856 offenbar dahin auslegen, daß der erste Absatz nur von jenen Scheidewänden zu verstehen sey, welche erwiesener Maßen ein gemeinschaftliches Eigenthum beyder Nachbarn seyn. Dieser Auslegung stehet aber entgegen, daß dieser §. dahin lautet: „Alle Miteigenthümer tragen zur Erhaltung *solcher* gemeinschaftlichen Scheidewände verhältnißmäßig bey." Er redet daher offenbar von jenen Scheidewänden, welche in dem vorhergehenden §. 854 benannt sind, und von denen dort gesagt wird, daß sie als ein gemeinschaftliches Eigenthum *angesehen werden*.

Ich glaube, daß man bey Commentirung dieses Paragraphs-Absatzes den wenigsten Schwierigkeiten begegne, wenn man sich genau an den Wortlaut hält. — Der Wortlaut aber spricht doch offenbar dafür, daß jeder Gränznachbar zur Unternehmung einer positiven Leistung zum Vortheile eines andern verbunden werde. — Dieses strebt auch der Natur des Obligationen-Verhältnisses nicht entgegen; denn der §. 859, welcher von dem Grund der persönlichen Sachenrechte handelt, sagt: „*Die persönlichen Sachenrechte, vermög welcher eine Person einer andern zu einer Leistung verbunden ist, gründen sich entweder unmittelbar auf ein Gesetz, oder auf einen Vertrag, oder auf eine erlittene Beschädigung.*" Nimmt man nun an, daß der gegenwärtige §. die erwähnte Verbindlichkeit wirklich ausspreche, so liegt eben darin der Grund der Verpflichtung. Das Motiv des Gesetzgebers

aber, ein solches Gesetz zu erlassen, das den Grund der Verpflichtung des Gränznachbars ausmacht, liegt in dem, was bey Erläuterung dieses §. Nr. 1 bemerkt worden ist. Dabey ist noch Folgendes zu berücksichtigen: Der §. setzt offenbar solche Grundstücke voraus, welche gegen den Zutritt der Menschen gesichert zu werden pflegen, wie z. B. Gärten, Höfe, oder andere unmittelbar an den Häusern liegende Grundstücke, nicht aber auch offene Felder, Wiesen, Weingärten u. s. w.; denn er redet ja von dem Eingang zu solchen Grundstücken, setzt also voraus, daß nicht Jedermann der Zutritt zu selben frey steht, und daß sie sohin wenigstens gegen die Straße oder Gasse bereits geschlossen seyn. — Bey solchen Grundstücken kann sich ein sorgsamer Hausvater nicht damit begnügen, selbe gegen die Straße oder Gasse zu gegen den Eintritt der Menschen oder des Viehes zu schützen, er muß sich auch gegen das angränzende Grundstück seines Nachbars zu verwahren suchen. Dadurch aber, daß ein Gränznachbar für die Abtheilung seines Raumes von dem fremden sorget, und sich dadurch Vortheil schafft, macht er auch, daß sein Nachbar wenigstens einerseits den nähmlichen Nutzen daraus ziehe. — Setzen wir z. B.: es liegen die drey Grundstücke A, B und C in einer Reihe nacheinander. Wenn nun der Eigenthümer des Grundstückes A, und der des Grundstückes C für die Einschließung ihres Raumes sorgen, so ist offenbar auch das Grundstück B von den Grundstücken A und C abgeschlossen. Der Eigenthümer des Grundstückes A und der des Grundstückes C mußten, damit sie als sorgfältige Hausväter ihren Grund vor fremdem Zutritte bewahrten, auf beyden Seiten Scheidewände aufführen, während der Besitzer des Grundstückes B gar keine Seitenwand aufzuführen brauchte, und dessen ungeachtet den nähmlichen Vortheil genießt, wie seine Nachbarn. — Wenn nun aber bey mehreren in der Reihe fortlaufenden Grundstücken jeder Besitzer auf einer bestimmten Seite eine Scheidewand errichten läßt, so wird dadurch zugleich für die Einschließung des Raumes von beyden Seiten gesorgt, und die dießfälligen Kösten gleichmäßig unter die Gränznachbarn vertheilt. — Sind alle Gränznachbarn ordentliche Hauswirthe und verträgliche Leute, dann würden sie ohne Zweifel auch ohne alle gesetzliche

Vorschrift ein solches zu ihren gemeinschaftlichen Besten dienliches Uebereinkommen treffen; da aber unter denselben auch eigensinnige und eigennützige Menschen sich befinden können, welche den Vortheil der Abschließung genießen wollen, ohne auf irgend eine Weise gleichfalls eine Last zu übernehmen, so hat, nach meiner Ueberzeugung, hier das Gesetz sehr weise angeordnet, daß jeder Eigenthümer verhalten werden könne, auf Einer Seite für die Abtheilung vom fremden Raume zu sorgen.

Wie läßt sich aber diese Auslegung mit dem Vordersatze in Uebereinstimmung bringen, welcher aussagt, daß der ausschließende Besitzer nicht schuldig sey, seine verfallene Mauer oder Planke neu aufzuführen? — Ich glaube, daß dieses ohne Schwierigkeit geschehen könne. — Dieser Vordersatz spricht nähmlich im Eingange offenbar nur eine Regel aus, welche sohin Ausnahmen zuläßt. — Eine Ausnahme ist in diesem selbst enthalten: „wenn durch die Oeffnung für den Gränznachbar Schaden zu befürchten stünde;" die zweyte Ausnahme aber liegt in dem Schlußsatze. — Es kann nähmlich keinem Eigenthümer benommen seyn, selbst für die nöthige Einschließung seines Raumes, und für die Abtheilung vom fremden Raume auf allen Seiten hin zu sorgen, und er wird um so mehr hierzu geneigt seyn, wenn er mit dem Bau der Scheidewände auch zugleich einen anderen Zweck verbinden kann. Hat er nun seinen Grund auf beyden Seiten mit einer eigenen Mauer eingeschlossen, und es stürzt dann in der Folge jene Mauer, welche sich auf der linken Seite seines Haupteinganges befindet, ein, so kann sein Nachbar zur linken Seite nicht verlangen, daß er selbe wieder herstelle, ausgenommen es trete der Nr. 2 berührte Fall ein; und würde der Nachbar eine solche Anforderung an ihn machen, so könnte der Eigenthümer selbe mit Berufung auf die im Eingange des gegenwärtigen §. aufgestellte Regel zurückweisen. Fällt dagegen die auf der rechten Seite des Haupteingangs sich befindliche Mauer ein, so kann dann allerdings der Nachbar zur rechten Seite, auch ohne daß ihm dadurch ein Schaden drohet, fordern, daß er die verfallene Mauer herstelle, weil nach den Schlußworten dieses §. jeder Eigenthümer verbunden ist, auf der rechten Seite sei-

nes Haupteinganges für die nöthige Einschließung seines Raumes und für die Abtheilung vom fremden Raume zu sorgen.

4) Welches ist aber die rechte Seite des Haupteinganges? — Herr Regierungsrath von Scheidlein sagt in seinem Handbuche des österreichischen Privatrechtes 4. Theil, daß sie nach dem Sprachgebrauche der Bauverständigen die linke Seite desjenigen sey, der durch den Haupteingang den Grund betritt. Dagegen spricht sich Herr Professor Helfert [1]) für das Gegentheil aus, und stützet seine Meinung auf folgende Gründe: Der §. 6 stelle als erste Interpretationsregel die Vorschrift auf, daß die Worte eines Gesetzes in ihrer eigenthümlichen Bedeutung zu nehmen seyen. Die Worte „rechte Seite" und „Haupteingang" seyen für sich so verständlich, daß über ihre Bedeutung kein Anstand obwalte. Aber auch im Zusammenhange könne ihnen nicht füglich ein anderer Sinn beygelegt werden, als welchen sie für sich haben. Wäre die Absicht des Gesetzgebers dahin gegangen, daß die rechte Seite eines Hauses jene sey, welche die linke desjenigen ist, der durch den Haupteingang den Grund betritt; so wäre es ihm auch ein Leichtes gewesen, jedes Bedenken durch die Vertauschung des Wortes Haupteingang mit dem Worte Hauptausgang zu beheben. — Da jedoch der Gesetzgeber gerade das Wort „Haupteingang" gebraucht, und dieses, wie anderwärts, so auch hier gewiß nicht zufällig, sondern mit Vorbedacht aufgenommen hat; so müsse auch in der gesetzlichen Textirung eine andere, als die gewöhnliche Unterscheidung der rechten und linken Seite bey Grundstücken gefunden werden. Es finde sich übrigens auch ein ausdrücklicher Beleg für diese Meinung in einer früheren gesetzlichen Bestimmung, nähmlich in den böhmischen Stadtrechten. — Hier heißt es K. XXXV: Wenn ein Streit zwischen den Nachbarn entsteht wegen einer Wand oder Mauer, die zwischen zweyen Häusern liegt, also, daß sich einer dieselbe zueignen, und den andern davon abdringen wollte, oder daß beyde Nachbarn sich dessen entäußern wollten ..., so sollen die Geschwornen in

1) A. a. O. S. 236.

das Haus hinein gehen, und mit allem Fleiße die Wand oder Mauer untersuchen ..., um zu erkennen ..., wem sie zuständig sey; denn obwohl durch gemeine Gebräuche und gemeiniglich die Mauern auf der rechten Seite, wenn man ins Haus geht, demselben Hause zugeschrieben werden, jedoch nicht allzeit ...; — demnach sey es schon früher, wenn auch nur durch ein Provinzialstatut so eingeführt gewesen, daß die rechte Hausseite jene ist, welche, wenn man in das Haus geht, rechter Hand liegt. Wäre das Substantiv Haupteingang mit dem Satze, wenn man in den Grund geht, umschrieben worden; so würde die Bestimmung eben so deutlich seyn, als sie die Stadtrechte enthalten. Da aber das Substantiv wirklich jene Umschreibung in sich fasse, und wohl nur der Kürze halber gewählt worden ist; so könne es auch der Sache jene Bedeutung nicht rauben, welche ihr in der Umschreibung zukömmt. — Ich halte diese Gründe für vollkommen zureichend, die Behauptung außer Zweifel zu setzen, daß hier unter der rechten Seite diejenige zu verstehen sey, welche zur rechten Hand desjenigen sich befindet, der durch den Haupteingang den Grund betritt.

5) In der Regel ist es bey Grundstücken nicht zweifelhaft, welcher als der Haupteingang anzusehen sey. Doch gibt es ausnahmsweise auch Grundstücke, welche mit mehreren Eingängen der Art versehen sind, daß sich schwer bestimmen läßt, welcher als der Haupteingang anzusehen ist. — Liegen diese Eingänge auf einer und derselben Seite, dann ist es auch ganz gleichgültig, welcher aus diesen Eingängen als der Haupteingang angesehen werde; eben so wenig von Bedeutung ist es, wenn dieselben sich nicht gerade auf der entgegengesetzten Linie befinden; man kann hier nicht in Zweifel gerathen, welches die rechte Seite sey, wo der Eigenthümer für die Einschließung seines Raumes zu sorgen hat; denn dieser Fall kann nur bey Eckgebäuden eintreten, hier können aber nicht beyde Seiten, die das Eck bilden, unmittelbar auf der rechten Seite an fremde Grundstücke anstoßen, denn eine aus den beyden Seiten muß zur rechten Seite ihres Eingangs unmittelbar nur an die andere Seite, die mit ihr das Eck bildet, anstoßen, und kann nur

in Verbindung mit der letzteren an das fremde Grundstück sich anlehnen. Der Zweifel, welches die rechte Seite sey, wo der Eigenthümer für die Einschließung seines Raumes zu sorgen hat, kann bey mehreren Eingängen nur dann entstehen, wenn jede der Seiten, wo sich die Eingänge befinden, zur rechten Hand unmittelbar an fremde Grundstücke anstoßen; dieses ist aber nur dann der Fall, wenn die Eingänge an entgegengesetzten Seiten sich befinden. — Ist dieses aber der Fall, so kann bey entstehendem Zweifel wohl nur derjenige als der Haupteingang angesehen werden, welcher sich auf der vorderen Seite befindet. — Wenn aber, wie es öfters der Fall ist, keine Seite als Vorder- und Hinterseite unterschieden werden kann, dann gibt es für den Fall der Mangelbarkeit einer Scheidewand keinen Anhaltspunct, um den Haupteingang, und von diesem die rechte Seite bestimmen zu können. — Sind die in der Reihe nacheinander folgenden Häuser oder Gebäude sämmtlich von dieser Art, so würde nichts anders erübrigen, als nach der Analogie des §. 841 durch das Loos, oder einen Schiedsmann, oder den Richter entscheiden zu lassen, welche Seite als die rechte anzusehen sey; hätte aber in einer solchen Reihe von Häusern, eines von einer Seite keinen Eingang, oder wäre wenigstens bey demselben nicht zweifelhaft, welcher als der Haupteingang anzusehen sey, so dürfte daraus der Anhaltspunct entnommen werden, um zu entscheiden, welches die Haupteingänge aller dieser Gebäude seyen, und welche Scheidewand jeder der Haus- oder Grundeigenthümer herzuhalten verbunden werde.

6) Der §. sagt: jeder Eigenthümer ist verbunden, auf der rechten Seite seines Haupteinganges *für die nöthige Einschließung seines Raumes und für die Abtheilung vom fremden Raume* zu sorgen. Aus dem Bindeworte „*und*" ist hier zu entnehmen, daß jeder Eigenthümer für beydes zugleich, nähmlich, für die Einschließung seines eigenen Raumes und für die Abschließung vom fremden zu sorgen habe. — Indessen steht kein Hinderniß entgegen, daß der Eigenthümer diese doppelte Verbindlichkeit durch einen und denselben Bau in Erfüllung bringen könne.

7) Die dem Gränznachbar auferlegte Verbindlichkeit geht dahin, daß er für die nöthige Einschließung seines Raumes und Abtheilung von dem fremden Sorge trage. — Er ist daher verbunden, die Scheidewand, welche in Verfall gerathen ist, auf eine Art herzustellen, wobey der beabsichtigte Zweck vollkommen erreicht wird. Ob dieses aber auf dieselbe Art, aus demselben Materiale, in gleicher Höhe und Dicke geschehe, darauf kann es nicht ankommen.

8) In der vom Herrn Professor Wagner herausgegebenen österreichischen juristischen Zeitschrift v. J. 1825, im Notizenblatte S. 26, wurde die Anfrage gestellt: „Da die Vorschrift des gegenwärtigen §. nur für den Fall ausreicht, wenn die Haupteingänge der Nachbarn und Anrainer alle auf einer Seite befindlich sind, — welcher von den Nachbarn oder Anrainern hat für die Einschließung und Abtheilung des Raumes zu sorgen, wenn der entgegengesetzte Fall eintritt, — die Anrainer nähmlich ihre Haupteingänge auf gegenüberstehenden Seiten haben, z. B. der eine Eingang von Süden, der andere von Norden angebracht, und sonach der einzuschließende Raum, für jeden von diesen beyden Nachbarn die linke, oder für jeden von ihnen die rechte Seite seines Haupteinganges ist?" — Herr Professor Helfert beantwortet diese Frage nach seinen entwickelten, hier im Auszuge berührten Grundsätzen dahin, daß, wenn die Gebäude zweyer Eigenthümer einander so gegenüber stehen, daß von ihrem Haupteingange aus die Zwischenwand jedem zur rechten Hand gelegen ist, diese als ein ihnen beyden gemeinschaftliches Gut angesehen, und der Raum auf gemeinschaftliche Kosten eingeschlossen werden müsse. Allein, da ich in der Auslegung dieses §. von der des Herrn Professor Helferts abweiche, so ist es wohl natürlich, daß ich diese Frage nicht auf gleiche Art beantworten könne. Es scheint mir am Tage zu liegen, daß die Absicht des Gesetzgebers bey Erlassung der in diesem §. ausgesprochenen Anordnung gewesen sey, bey mehreren, angränzenden Häusern oder Grundstücken, jedem Eigenthümer die ausschließende Erhaltung einer Scheidewand aufzubürden, wie aus dem, was ich oben Nr. 3 bemerkte, zu ersehen

ist. — Die Hauptverfügung in diesem §. ist also die, daß bey angränzenden Häusern und Grundstücken jeder Eigenthümer von einer Seite für die nöthige Einschließung seines Raumes und die Abtheilung vom fremden Raume zu sorgen habe, und der Beysatz „auf der rechten Seite seines Haupteinganges" ist nur als eine Nebenbestimmung dieses aufgestellten Hauptgrundsatzes anzusehen, wobey der Gesetzgeber lediglich die gewöhnliche Lage der angränzenden Häuser und Grundstücke vor Augen hatte. — Für den außergewöhnlichen Fall, daß die Häuser oder Grundstücke so gelegen seyen, wie sie die berührte Anfrage voraussetzt, bleibt daher noch immer die Hauptverfügung, daß jeder Eigenthümer von einer Seite für die Einschließung seines Raumes zu sorgen habe, in Wirksamkeit; die Nebenbestimmung kann aber nach der Natur der Sache hier nicht in Anwendung kommen, und es ist daher für diesen Fall eben so viel, als wenn der Gesetzgeber ohne nähere Bestimmung überhaupt nur angeordnet hätte, daß jeder Eigenthümer eines angränzenden Grundstückes von einer Seite für die Abtheilung seines Raumes von dem fremden zu sorgen habe. — Es erübrigt also in diesem Falle nichts, als daß die Parteyen über die Frage, von welcher Seite jeder diese Sorge übernehmen müsse, ein Uebereinkommen treffen, und wenn dieses nicht zu Stande gebracht werden kann, nach der Analogie des §. 841 das Loos, ein Schiedsrichter oder der Richter entscheide, auf welcher Seite jeder Eigenthümer für die Abtheilung des Raumes zu sorgen habe.

9) Uebrigens versteht es sich wohl von selbst, daß der Gesetzgeber durch den gegenwärtigen §. nur für jene Fälle gesorgt habe, wo die Parteyen nicht ein besonders Uebereinkommen getroffen haben, und dasselbe daher, wenn es erwiesen werden kann, der gesetzlichen Vorschrift derogire.

Verbesserungen.

S.	§.	N.	Zeile	ist zu lesen:	anstatt
5	731	1	4. v. u.	ihr System	sein System
34	756	2	17. v. o.	so dürfte	o dürfte
34	756	3	9. v. u.	diesen	diesem
48	760	1	6. v. u.	nachfolgenden Absätzen	nachfolgenden §. §.
55	761	3	8. v. o.	ein neues Haus	mein neues Haus
84	771	1	8. v. u.	offenbar der geistige	offenbar als der geistige
113	782	1	9. v. u	weil der Erblasser ihr	weil er ihn
146	793	6	15. v. o.	hat das Zeichen + nach 9000 fl. wegzubleiben	
146	793	6	9. v. u.	es muß im vorliegenden Falle jedem Kinde	im vorliegenden Falle jedem Kinde muß.
156	796	4	15. v. o.	öffentlich zur Sprache	nicht öffentlich zu Sprache
179	801	3	11. v. u.	unbedingten Erbserklärung	bedingten Erbserklärung
195	807	1	8. v. o.	verordnet	venordnet
213	812	5	14. v. u.	und er kann dießfalls denjenigen Gläubigern, welche die Absonderung begehrten, nicht ganz gleich gehalten werden	und er muß dießfalls mit denjenigen Gläubigern, welche die Absonderung begehrten, ganz gleich gehalten werden.
224	818	1	17. v. o.	den 9. November 1810	den 9. November 1816.
258	829	5	3. v. u	an die Stelle des A.	an die Stelle das B.
280	843	2	8. v. o.	vörlegen	vorzulegen
295	850	2	1. v. u	Ist aber die	Ist die aber
306	856	4	10. v. u	sie dahin	ihn dahin
311	858	2	16. v. o.	jenen Schaden	jeden Schaden

PLEASE DO NOT REMOVE
CARDS OR SLIPS FROM THIS POCKET

UNIVERSITY OF TORONTO LIBRARY